



De la retractación de los padres adoptivos en la Ley de Adopción en el Derecho Chileno de Familia a partir del año 1999 y posibles recursos procesales, una vez dictada la sentencia de adopción.

Docente: Alejandro Alarcón Quinteros

Alumnas: Claudia P Nova Méndez - Pamela A. Lazo

Año: 2015

ÍNDICE:

1. Introducción
2. Principios Rectores que informan la Ley No. 19.620 sobre Adopción.
3. Declaración de Susceptibilidad de Adopción del niño, niña o adolescente.
4. Requisitos que deben cumplir los padres adoptantes según la normativa legal vigente.
5. Examinar el procedimiento de declaración de adopción establecido en la Ley 19.620.
6. Efectos de la sentencia de adopción ejecutoriada a la luz de los parámetros legales en nuestro país.
7. Retracción de los solicitantes.
8. Determinar si la Ley 19.620 regula o no el “retracto de los padres adoptivos.
9. Efecto de la retractación en el procedimiento de adopción.
10. Breve repaso a la legislación comparada en adopción.
11. Conclusiones.

1. Introducción

El día 27 de Septiembre de 2011, el diario “La Prensa Austral” de Punta Arenas publicó una nota periodística que daba cuenta de que tres hermanos de 4, 5 y 8 años a esa fecha, habían sido “devueltos” por su familia adoptante, quienes se retractaron luego de dos años de vivir con los niños.

El día 21 de Abril de 2002, el diario “El Austral de La Araucanía”¹ publicó una breve entrevista a la directora de SENAME de la época, doña Delia Del Gatto Reyes, quien, preguntada por la devolución de un niño en la comuna de Valparaíso, contestó que era una situación excepcionalísima que no ocurría hace 10 años, asegurando que con la nueva ley dichas incidencias no ocurrirían por la rigurosa selección de los matrimonios adoptantes. Agregó que todo se debió a una decisión equivocada de los adoptantes y que nunca existió una “devolución”, puesto que ocurrió “justo antes de firmar los papeles”.

El día 19 de Abril de 2013, la Unidad de Adopción de Sename efectuó presentación ante un Juzgado de Familia de la Región Metropolitana dando cuenta de la falta de adaptación entre una niña de 11 años y sus padres adoptivos extranjeros. Lo mismo ocurrió con fecha 09 de Julio de 2014, donde la misma Unidad de Sename efectúa presentación ante el mismo Tribunal, dando cuenta del retracto de los solicitantes extranjeros, respecto del proceso de adopción internacional de dos niños chilenos de 8 y 6 años a la fecha de la solicitud.

Entre los años 2010 y 2013, se produjo la devolución del 1,6 %² de los niños adoptados en Chile, de acuerdo a investigaciones periodísticas en Chile, lo que representa una fuente material que debe servir como materia de lege ferenda para evitar la incerteza jurídica en cuanto a la tramitación ante los Juzgados de

¹ <http://www.australtemuco.cl/site/edic/20020420233037/pags/20020421074233.html>

² Disponible en: <http://noticias.terra.cl/chile/adopcion-el-drama-de-los-ninos-que-son-devueltos-al-sename,c2849327efd56410VgnVCM10000098cceb0aRCRD.html>

Familia y darle una solución al menos provisoria al estado civil de los niños, que son sujetos de adopciones fallidas.

Si bien la Adopción en Chile tiene el carácter de irrevocable, según el artículo 38 de la Ley 19.620, la realidad de los hechos es indesmentible. En tal sentido, nos encontramos frente a una omisión que es necesario subsanar a fin de que la legislación actual ofrezca alguna respuesta a la situación descrita previamente, puesto que no es posible dejar a niños, niñas y adolescentes al arbitrio de una situación de hecho, habiendo de por medio una sentencia definitiva ejecutoriada que ha resuelto respecto de su estado civil de un niño sujeto de un procedimiento de adopción.

Ante este escenario, el objetivo principal del presente trabajo es la revisión del estatuto jurídico que rige la Adopción en Chile, principalmente la Ley 19.620, su Reglamento, la Ley 19.968, así como la normativa internacional aplicable, que esté vigente y ratificada por Chile, de acuerdo al artículo 5 de la Constitución Política de la República de Chile, a fin de detectar la existencia o falta de recursos necesarios para abordar la retractación de los padres adoptivos y proponer alguna medida o procedimiento que permita solucionar o enfrentar dicha situación en caso de ser necesario, a la luz de la normativa legal vigente.

También será necesario revisar qué ha dicho la doctrina sobre el tema de nuestra investigación, entre ellos los profesores Hernán Corral Talciani, René Ramos Pazos, René Abeliuk y Maricruz Gómez de la Torre Vargas, entre otros, en busca de respuesta al tema de investigación que permitan abordar legalmente la decisión de los padres adoptivos que se retractan de su decisión de adoptar niños, una vez dictada la sentencia definitiva.

La metodología se ajustará a las técnicas de una investigación jurídica empírica, que estudia las normas jurídicas como una variable, que depende de la sociedad, como fuente material del Derecho y cuyo objeto de estudio central será la normativa aplicable en materia e adopción, ya enunciada, a fin de

identificar la forma en que dicha normativa aborda el tema de investigación y los antecedentes que se recopilen a través de la consulta de doctrina y jurisprudencia de los Tribunales chilenos y fuentes de derecho comparado.

Es importante destacar que dentro de los contenidos de la presente investigación, se ha incluido un análisis somero de la etapa de susceptibilidad de adopción, que alude directamente al estudio de las condiciones en que se encuentra un niño, niña o adolescente respecto de los cuidados que debieran otorgarle sus progenitores o familia extensa y que finalmente concluye en la necesidad de su adopción, a fin de mantener la continuidad lógica de un procedimiento de adopción en Chile.

2. Principios Rectores que informan la Ley No. 19.620 sobre Adopción

La Ley 19.620 no ha regulado expresamente los principios rectores que informan la normativa sobre adopción en Chile, por lo que la jurisprudencia y la doctrina se han encargado de determinarlos, destacándose los siguientes:

a. Interés Superior del Niño, Niña o Adolescente:

De acuerdo a lo preceptuado en el artículo 1 de la Ley 19.620, el procedimiento de adopción tiene por objeto “velar por el interés superior del adoptado”, sin que se defina su sentido ni alcance, sin perjuicio de que el Reglamento de dicha Ley, en su artículo 1, inciso segundo, se disponga que “dicho interés superior considerará su realización personal, espiritual y material, y el respecto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, de modo conforme a la evolución de sus facultades”³.

No obstante lo anterior y a fin de dar contenido más comprensivo a dicho principio, la profesora Nel Greeven Bobadilla ha destacado que “el interés de superior del niño aparece por primera vez en el Principio 2, inciso 2° de la Declaración de Derechos del Niño, proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas”⁴, haciendo hincapié en que “dicho principio debe ser el principio rector de quienes tienen la responsabilidad de su educación y orientación...”⁵

Si bien es cierto que la Ley de Adopción no define claramente lo que constituye dicho interés, por extensión y analizando el contenido de dicho cuerpo normativo, se puede desprender que, para el caso particular y teniendo presente los fines del programa de adopción, según su artículo 1, el “Interés Superior del Niño” puede tener como objetivo el de “amparar su derecho a vivir y

³ Artículo 1, inciso segundo, Decreto 944 del Ministerio de Justicia que aprueba Reglamento de la Ley 19.620.

⁴ Nel Greeven Bobadilla, “Filiación: Derechos humanos fundamentales y problemas de su actual normativa”, año 2014, pp. 64.

⁵ Nel Greeven Bobadilla, Ob. Cit, pp. 64

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”⁶.

No obstante lo anterior, este Interés Superior también se puede considerar desde otro punto de vista, esto es, como una regla de interpretación. Lo anterior es posible si se recurre subsidiariamente a lo que establece la Ley 19.968, que crea los Tribunales de Familia, específicamente su artículo 16, que ordena al Juez tener como principio rector dicho interés “como consideración principal en la resolución del asunto sometido a su conocimiento”, que viene a darle un carácter interpretativo al concepto y que el Juez podrá usar al momento de resolver.

b. Protección del Niño, Niña o Adolescente en situación de abandono:

Del artículo 1 de la Ley sobre Adopción es posible desprender que un segundo principio rector que informa dicho cuerpo normativo es la protección de los niños que no cuentan con una red familiar o adulto responsable que se haga cargo de sus cuidados, esto es, “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”. En tal sentido, el espíritu de la adopción tiene como fin restablecer el derecho que tiene cada niño, niña y adolescente a tener una familia, en caso de que se encuentre en situación de abandono, que haya sufrido malos tratos o cuyos padres se encuentran inhabilitados para hacerse cargo de sus cuidados, tal como lo establece además el artículo 8, de la Ley 19.620, que define las causales que hacen procedente la declaración de susceptibilidad de adopción de un menor, como etapa procesal previa a la adopción en Chile. En tales términos, el juez deberá declarar fundadamente en sentencia judicial que los padres de un niño, niña o

⁶ Artículo 1, inciso primero, Ley 19.620.

adolescente no están habilitados física o moralmente para ejercer el cuidado personal, según el artículo 226 del Código Civil, o que no le proporcionen atención personal o económica durante el plazo de dos meses o durante 30 días, en caso de que el niño o niña tuviera una edad inferior a un año, o bien que lo entreguen a una institución pública o privada de protección de menores o a un tercero, con ánimo manifiesto de liberarse de sus obligaciones legales. En este último caso, tal entrega se tendrá constituirá abandono para todos los efectos legales.

c. Derecho a la Identidad del Niño, Niña y Adolescente:

En términos generales, cada niño, niña o adolescente tiene el derecho a conocer quiénes son sus padres, y, por lo mismo, el artículo 8 de la Convención de los Derechos del Niño establece que los Estados contratantes tienen el compromiso de respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas.

No obstante lo anterior, y por contradictorio que parezca, nuestro procedimiento de adopción, que contempla la cancelación de la inscripción primigenia de nacimiento del adoptado como efecto de la sentencia definitiva de adopción, según lo establece el numeral 3 del artículo 26 de la Ley 19.620, mantiene en reserva el derecho de quien tiene antecedentes de haber sido adoptado, facultándolo para solicitar personalmente al Servicio de Registro Civil e Identificación que le informe si su filiación tiene ese origen. En otras palabras, a pesar de haberse interrumpido todo vínculo con su familia de origen, salvo los impedimentos para contraer matrimonio dispuestos en el artículo 5 de la Ley 19.947, el adoptado siempre tiene derecho a su identidad y conocer quiénes son sus padres.

En cuanto a la doctrina, la profesora Gómez de la Torre ha opinado que “para que una persona logre desarrollar su personalidad necesita conocer su

identidad, es decir, conocer su origen, saber quiénes son sus padres, quienes constituyen su familia”⁷.

d. Derecho del Niño, Niña o Adolescente a ser oído:

Tal como lo consagra el artículo 12 de la Convención de los Derechos del Niño, todo niño que tenga la capacidad de formarse un juicio propio, tendrá la oportunidad de ser escuchado durante el procedimiento, lo que va en estricta concordancia con lo dispuesto en el artículo 3 de la Ley de Adopción, que dispone que la magistratura tendrá debidamente en cuenta las opiniones del menor, en función de su edad y madurez. En caso de ser menor adulto, su consentimiento, manifestado expresamente ante el juez, será necesario en relación con la posibilidad de ser adoptado, y en el curso del procedimiento de adopción, respecto de la solicitud presentada por los interesados.

Sin perjuicio de lo anterior, en el caso de que el menor niegue su consentimiento, y teniendo presente el Interés Superior del Niño, el juez podrá resolver fundadamente que prosiga el respectivo procedimiento, dejando constancia de las razones expuestas por el niño, niña o adolescente.

e. Rol Protector del Estado:

El artículo 1 de la Constitución Política de la República de Chile: “El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece”.

En este sentido, el Estado debe desplegar todos los esfuerzos necesarios para garantizar la satisfacción de las necesidades del niño, ya sean espirituales o materiales; situación que, en el caso del Procedimiento de Adopción, tiene plena

⁷ Gómez de la Torre Vargas, Maricruz, “El Sistema Filiativo Chileno”, Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2007, pág. 49.

concordancia con lo preceptuado en el artículo 1º de la Ley 19.620, en cuanto a que “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”; y con lo dispuesto en el artículo 7 del mismo cuerpo legal en cuanto a que el propósito del programa de adopción, que “es el conjunto de actividades tendientes a procurar al menor una familia responsable”, es una de las manifestaciones del rol que asume el Estado en el bienestar futuro de niños, niñas y adolescentes.

No obstante lo anterior, en la actualidad se encuentra en tramitación el proyecto de ley que pretende reformar en forma integral el Sistema de Adopción en Chile, boletín MENSAJE Nº 206-361, de fecha 02 de Octubre de 2013, y que dentro de sus modificaciones contempla justamente la incorporación de los Principios rectores que van a sustentar el Procedimiento de Adopción en Chile, entre los que se encuentran “el interés superior del niño, el derecho de la niña, niño o adolescente a vivir en familia, la subsidiaridad de la adopción, el derecho a ser oído, el derecho del adoptado a conocer sus orígenes, y la reserva de la adopción”, que con su integración permitirán “garantizar la subsidiariedad de ésta, otorgando agilidad a sus procedimientos con la incorporación de mecanismos más eficientes y plazos más acotados para dar respuesta con mayor celeridad”⁸, tal como lo expresa el mensaje de dicho proyecto de ley.

⁸ Mensaje Nº 206-361, Mensaje de S.E. El Presidente de la República, con el que inicia un proyecto de ley de reforma integral al sistema de adopción en Chile, de fecha 2 de octubre de 2013.

3. Declaración de Susceptibilidad de Adopción del niño, niña o adolescente

Con el fin exclusivo de mantener la integridad y coherencia del presente trabajo, resulta importante señalar que en nuestro país, el Procedimiento de Adopción contempla un proceso previo obligatorio que permitirá desvincular al niño, niña o adolescente con su familia de origen para proceder posteriormente a buscar una nueva familia que pueda acogerlo en su seno.

La determinación de que un niño es susceptible de ser adoptado es un paso trascendental para la vida actual y futura de dicho niño, puesto que supone una serie de efectos jurídicos relevantes, donde destaca principalmente la interrupción de todo contacto entre el niño y su familia de origen, lo que sin duda puede tener consecuencias perniciosas en la psiquis del niño, pese a que es común que los niños declarados como tales, han dejado de tener contacto unilateralmente con su familia nuclear por un periodo prolongado, mientras se mantienen en residencias proteccionales de SENAME.

En el ámbito judicial, este procedimiento se inicia con la presentación de la solicitud de susceptibilidad de adopción por la Unidad de Adopción de SENAME o por los organismos acreditados, ante el Tribunal de Familia que corresponda al domicilio del niño, sea que su filiación esté o no determinada, a fin de que se verifique el cumplimiento de lo dispuesto en el Título II, artículo 12 de la Ley 19.620, respecto del padre, la madre o las personas a quienes se haya confiado su cuidado. Es decir, que:

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

b. 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 obstante lo anterior, la misma ley establece una medida de no discriminación al determinar que la falta de recursos económicos para hacerse

cargo del menor no constituye causal suficiente para acoger la demanda de susceptibilidad.

c. Lo entreguen a una institución pública o privada de protección de menores o a un tercero, con ánimo manifiesto de liberarse de sus obligaciones legales. Los casos de abandono del menor en la vía pública, en lugar solitario o en un recinto hospitalario, se entenderán comprendidos dentro de la causal de este número. En dichos casos se presumirá el ánimo de entregar al menor en adopción por la sola circunstancia de abandono, que se presumirá cuando el menor se mantenga en la institución o a cargo de un tercero sin una causa justificada o cuando los padres o el tercero a su cargo no lo visiten, por lo menos una vez, durante cada uno de los plazos de un mes o dos meses según la edad del niño, salvo causa justificada.

De acuerdo al artículo 15 de la Ley de Adopción, se celebrará audiencia preparatoria dentro de décimo a décimo quinto de presentada la solicitud, y la audiencia de juicio se llevará a cabo dentro de quince días después de la primera audiencia. Durante el juicio, el juez examinará la veracidad de los hechos y circunstancias invocados para fundar la declaración de que el niño es susceptible de ser adoptado, en especial la imposibilidad de disponer de otras medidas que permitan la permanencia del mismo en su familia de origen y las ventajas que la adopción representa para él, en virtud de la naturaleza de ultima ratio del procedimiento de adopción. 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.

Notificada y ejecutoriada, la sentencia será puesta en conocimiento del Servicio Nacional de Menores, para los efectos previstos en el artículo 5° del cuerpo normativo en análisis, esto es, la incorporación del nombre del niño en el registro que el Servicio Nacional de Menores lleva respecto de las personas que pueden ser adoptadas.

4. Requisitos que deben cumplir los padres adoptantes según la normativa legal vigente

En cuanto a los requisitos que deben cumplir los solicitantes que deseen iniciar el procedimiento de adopción en nuestro país, es necesario efectuar la distinción entre requisitos que se harán valer ante la instancia judicial y aquéllos que deberán cumplir los interesados ante el ente administrativo, que, de acuerdo a la normativa vigente, corresponde a SENAME y a las entidades acreditadas por éste, esto es, la Fundación Chilena de la Adopción; la Fundación San José, la Fundación Mi Casa y el Instituto Chileno de Colonias y Campamentos, en la actualidad.

a. Requisitos ante Tribunales:

De acuerdo a los artículos 20 y 21 de la Ley 19.620, podrá otorgarse la adopción a:

. Matrimonios chilenos o extranjeros de dos o más años de duración: La existencia de este requisito pone énfasis en la preferencia que tiene la Ley chilena por la familia adoptiva matrimonial, estableciéndose así una suerte de orden de prelación, según lo dispuesto en el artículo 21 de la misma Ley, que da la posibilidad a personas solteras, divorciadas o viudas, con residencia permanente en el país, de adoptar en caso de que no existan interesados del primer orden, con la excepción hecha a aquellos matrimonios en que uno de los cónyuges estén afectados de infertilidad.

. Tengan residencia permanente en el país: Este requisito pone de relieve la intención de la ley de mantener al menor en el país, sin perjuicio de la posibilidad de que matrimonios extranjeros puedan adoptar, según lo preceptuado en el artículo 4 de la Convención relativa a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional, de Mayo de 1993, siempre que no existan interesados en el país en adoptar.

. Evaluados física, mental, psicológica y moralmente idóneos por alguna de las instituciones acreditadas por SENAME para el inicio del procedimiento de adopción: En este caso, las instituciones públicas adquieren un rol fundamental de apoyo de la labor jurisdiccional, puesto que queda a cargo de profesionales la evaluación y ponderación de la idoneidad de los futuros adoptantes.

. Diferencia de edad entre adoptante y adoptado: De acuerdo al artículo 6° de la ley, se exige al adoptante que sea mayor de veinticinco y menor de sesenta años, manteniendo una diferencia etaria respecto del adoptado superior a los veinte años o más. No obstante lo anterior, la norma citada faculta al juez para rebajar los límites de edad o la diferencia de años señalada, siempre y cuando dicha rebaja no exceda los cinco años. Y como excepción a este requisito, se encuentra la situación de aquellos adoptantes que fueren ascendiente por consanguinidad del adoptado.

. Solteros, divorciados o viudos con residencia permanente en Chile, en caso de que no existan cónyuges interesados en adoptar a un menor: De acuerdo al artículo 21 de la Ley 19.968, las personas interesadas se deberán haber sometido a la misma evaluación que los matrimonios, debiendo cumplir con los mismos rangos de edad y de diferencia de edad con el menor que se pretende adoptar. El adoptante deberá, además, haber participado en alguno de los programas de adopción a que se refiere el artículo 7°.

En caso de haber varios interesados solteros o viudos que cumplan con las condiciones exigidas, el Juez preferirá a quien sea pariente consanguíneo del menor, y en su defecto, a quien ejerza el cuidado personal del niño.

a. **Requisitos ante SENAME e Instituciones Acreditadas:**

El Anexo N° 8, “Subprograma de Evaluación Técnica de los Solicitantes y su Preparación como Familia Adoptiva”, reafirma como principio transversal aplicable a toda la normativa de adopción el “Interés superior del niño/a y

adolescente”, alcanzando incluso a todas las actividades que debe desarrollar el Programa de Adopción de Sename, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 5 de la Ley 19.620. Por lo mismo, todos sus procedimientos y actividades deben estar orientadas a garantizar prioritariamente el bienestar integral del niño/a, que pasará a ocupar el rol de hijo/a adoptivo/a.

A fin de complementar las actividades del Programa de Adopción, el Reglamento de la Ley 19.620, en su artículo 6, ha detallado las acciones que comprende como mínimo dicho programa, esto es, el apoyo y orientación de la familia de origen del niño, recepción y cuidado del niño, evaluación técnica, calificación de idoneidad y preparación de los futuros padres adoptivos, presentación de solicitudes de adopción ante el Tribunal de Familia y seguimiento de los casos y asesoría de la familia adoptiva a solicitud, junto con apoyo al adoptado en la búsqueda de sus orígenes y toda actividad autorizada que sea necesaria para lograr los objetivos del programa.

En cuanto a los requisitos que deben cumplir las personas que desean postular a la adopción, se encuentran establecidos en el artículo 20° de la Ley N° 19.620, y que en el plano administrativo, se traducen específicamente en la evaluación de su idoneidad física, mental, psicológica y moral. Dicha calificación debe ser efectuada por los profesionales de SENAME o por los organismos acreditados ante éste para desarrollar actividades de los Programas de Adopción, a fin de determinar, **en forma previa a la adopción**, la idoneidad de la familia adoptiva para garantizar un contexto familiar de respeto y protección estable y duradero cuando el niño sea entregado en adopción definitiva.

De acuerdo al Anexo 8 de SENAME y respecto a la idoneidad de los adoptantes, ésta “no se restringe a un concepto legal, sino que integra elementos sociales, éticos, médicos y psicológicos, en el contexto de las competencias parentales, todo lo cual permitirá en su conjunto definir la

capacidad de la familia para cuidar, proteger y educar al niño/a”. Por tanto, el proceso de evaluación de las condiciones de los futuros solicitantes excede con creces el ámbito meramente judicial y legal, alcanzando facetas que irrumpen en el ámbito bio-social y psicológico, que requiere necesariamente la formación de grupos interdisciplinarios en materias relativas a protección del niño/a y la familia, especialmente porque los sujetos de este procedimiento son niñas y niños que “han vivido situaciones traumáticas como es la separación temprana de su familia de origen y la institucionalización”, factores que han generado requerimientos especiales que debe ser satisfechos por quienes resulten idóneos para adoptar niños o niñas con tales particularidades.

De lo anterior, se colige que el trabajo de los profesionales de SENAME y sus instituciones acreditadas resulta fundamental para el buen término de un proceso de adopción, en el plano judicial y social.

5. Examinar el procedimiento de declaración de adopción establecido en la Ley 19.620.

En cuanto a la normativa procesal de la Adopción en Chile, ésta se encuentra contenida en la Ley 19.620, en vigencia a partir del 5 de Agosto de 1999, junto con la Ley 19.968, que crea los Tribunales de Familia, especialmente su procedimiento ordinario, regulado en los artículos 55 y siguientes, debido a la falta de regulación sistemática de un procedimiento ordinario en la Ley de Adopción, con excepción de los plazos de citación a audiencia preparatoria y de juicio, que indica explícitamente la Ley 19.620.

En términos generales, la adopción presenta las siguientes características:

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

El procedimiento que otorga la adopción efectiva de un niño, niña o adolescente, corresponde al regulado en los artículos 20 y siguientes del Título III, cuyas principales características son:

a. No contencioso, esto es, que no admite oposición, salvo en los casos en que el niño, niña o adolescente no ha sido declarado susceptible de ser adoptado y existe filiación por ambos progenitores, en cuyo caso estamos frente a una adopción “de regularización”, establecida en el artículo 11, inciso primero, de la Ley 19.620, en relación al artículo 8 del mismo cuerpo legal;

b. Tribunal competente es aquél del domicilio del niño, esto es, del lugar donde reside el niño, sea con quien ejerce su cuidado personal o donde se encuentra la residencia proteccional donde vive;

c. Juez con facultades oficiosas para decretar diligencias necesarias para comprobar las ventajas de la adopción y la idoneidad de los solicitantes, en mérito de lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 19.968, que faculta al juez para tomar medidas de oficio, en relación a los artículos 16 del mismo cuerpo legal y 3 de la Convención de Derechos del Niño;

d. Juez puede radicar el cuidado personal provisorio del niño a las personas que hayan manifestado su voluntad de adoptarlo siempre que se cumplan con los requisitos legales, especialmente su idoneidad;

e. Sentencia que acoge la solicitud ordenará la cancelación de la inscripción de nacimiento vigente para crear una nueva;

f. Procede recurso de apelación en contra la sentencia definitiva, suspendiéndose su aplicación mientras se resuelve, esto es, se concede el recurso de apelación tanto en efecto devolutivo como suspensivo por tratarse del estado civil de las personas, según lo dispuesto en el artículo 67, numeral 3, parte final.

6. Efectos de la sentencia de adopción ejecutoriada a la luz de los parámetros legales en nuestro país.

Tal como lo determina el artículo 3, inciso segundo, del Código Civil, en cuanto al efecto relativo de las sentencias dictadas en juicio, en relación al artículo 25 de la Ley 19.620, que ordena la notificación por cédula de la sentencia definitiva a las partes y al artículo 67, numerales 2 y 3, de la Ley 19.968, que subsidiariamente se aplica para disponer el efecto en que se concederá el recurso de apelación, y habiendo transcurrido los plazos legales para la impugnación de la sentencia definitiva, esto es, diez días desde la notificación de la sentencia definitiva, según lo ordena en artículo 189, inciso segundo, del Código de Procedimiento Civil, procederá la certificación por el Ministro de Fe de que la sentencia de adopción se encuentra firme o ejecutoriada, por lo que no existirían plazos ni recursos pendientes en contra de la sentencia dictada.

Habiéndose cumplido lo anteriormente descrito, la Ley de Adopción es clara en cuanto a los efectos de dicha sentencia, disponiéndose en su artículo 26 las siguientes diligencias:

a. Que se remita oficio a la Dirección Nacional del 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;

b. Que se ordene remitir 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, a requerimiento de uno o de ambos adoptantes o un tercero a nombre de los adoptantes.

Una vez practicada la inscripción de la sentencia, acompañándose su certificación de ejecutoria, y todos los antecedentes que forman parte del

proceso, el niño, niña o adolescente, pasará a adquirir el estado civil de hijo de los adoptantes, sin ningún tipo de diferencia con sus hijos biológicos.

En vista de lo previamente analizado y si bien existe una sentencia ejecutoriada, dictada por tribunal competente, consideramos que estamos frente a una situación que no ha sido regulada por la Ley de Adopción, especialmente si se tiene presente que uno de los objetivos de dicha ley es “procurar al menor una familia responsable” como lo dispone su artículo 7, es decir, que la inscripción que debe constituir el nuevo estado civil de hijo del niño, niña o adolescente queda entregado a una voluntad de los terceros solicitantes.

De acuerdo a lo dispuesto en el artículo 37 de la Ley 19.620, la adopción producirá sus efectos legales desde la fecha de la inscripción de nacimiento ordenada por la sentencia que la constituye, de donde es posible desprender que dicha inscripción de acuerdo a lo analizado por el profesor Alessandri, se trata de una “formalidad o requisito externo con que algunos actos deben celebrarse de acuerdo a la ley”⁹. En el caso de la inscripción que ordena la sentencia de adopción, sin duda se trata de una “medida de publicidad”, que dentro de su variedad, corresponde a la de “simple noticia”, que supone poner en conocimiento de terceros en general “las relaciones jurídicas que puedan tener interés en conocerse”¹⁰. Y en dicho sentido, tal relación jurídica es el nuevo estado civil, constituido por la sentencia que declara la adopción del niño, niña o adolescente, esto es, “la calidad de un individuo, en cuanto le habilita para ejercer ciertos derechos o contraer ciertas obligaciones civiles”, según lo dispone el artículo 304 del Código Civil.

⁹ Arturo Alessandri R., Manuel Somarriva U y Antonio Vodanovic H., Tratado de Derecho Civil, Partes Preliminar y General", páginas 312.

¹⁰ Ob. Cit. pp 313.

Al respecto, el profesor René Ramos Pazos reflexiona que “los efectos del estado civil de una persona son de orden público, sin que opere en esta materia el principio de la autonomía de la voluntad”¹¹, por lo que de acuerdo a esta doctrina, se trata de un atributo de la personalidad, cuyos efectos son irrenunciables por los individuos de acuerdo al artículo 12 del Código Civil.

De acuerdo a lo anteriormente expuesto y haciendo referencia a lo establecido en el artículo 37 de la Ley 19.620, la naturaleza indisponible del estado civil no se condice con la facultad de la parte adoptante para requerir la inscripción, lo que podría no efectuarse en el caso de que dichas partes decidieran retractarse de la idea de adoptar a un niño, niña o adolescente, lo que significaría un eventual fracaso del Programa de Adopción de Sename y de sus instituciones acreditadas y la completa indefensión del niño de autos.

En tal sentido, surgiría una contravención con lo establecido en el artículo 38 del mismo cuerpo legal en cuanto a la irrevocabilidad de la adopción, puesto que por un vacío de ley, existiría una sentencia que no se ejecutará debido a la voluntad de las partes del juicio.

A modo de profundizar en las consecuencias jurídicas que tiene este nuevo estado civil, conferido por la sentencia de adopción, resulta interesante mencionar algunos beneficios que establecen las leyes, donde destacan a modo ejemplar:

a. **Permiso por nacimiento del hijo:** El artículo 195 del Código del Trabajo dispone que el padre tendrá derecho a un permiso pagado de cinco días en caso de nacimiento de un hijo...” “que también se otorgará al padre que se encuentre en proceso de adopción, y se contará a partir de la notificación de la resolución que otorgue el cuidado personal o acoja la adopción del menor, en conformidad a los artículos 19 y 24 de la Ley N° 19.620. Este derecho es irrenunciable”.

¹¹ René Ramos Pazos, Derecho de Familia, Tomo II, Séptima Edición, Editorial Jurídica de Chile, año 2014, pp 528.

b. **Fuero Laboral:** El artículo 201 dispone que tendrán fuero aquellas mujeres, hombres solteros o viudos que manifiesten ante el Tribunal de Familia competente su voluntad de adoptar un hijo en conformidad a las disposiciones de la Ley N° 19.620, por el plazo de un año a contar desde la fecha en que el juez, mediante resolución dictada al efecto, confíe a estos trabajadores el cuidado personal del menor en conformidad al artículo 19 de la Ley N° 19.620 o bien le otorgue la tuición en los términos del inciso tercero del artículo 24 de la misma ley.

c. **Obligación de Alimentos:** El artículo 321 del Código Civil establece que se deben alimentos a los descendientes, lo que es corroborado con lo dispuesto en el artículo 1, inciso segundo, de la Ley 19.620.

d. **Bono por Hijo:** El artículo 74 de la Ley 20.255, en relación al artículo 78 de la misma ley, dispone que cada mujer tendrá derecho, por cada hijo nacido vivo o adoptado, a una bonificación siempre que cumpla con los requisitos legales indicados en el artículo 3 de la misma Ley.

e. **Pensión de sobrevivencia:** El artículo 5 del Decreto Ley 3.500 establece quienes son los beneficiarios de dicha pensión, extendiéndose el beneficio a los hijos adoptivos del causante.

f. **Derechos Sucesorios:** El artículo 983 del Código Civil, en relación al artículo 1 de la Ley 19.620, dispone los ordenes sucesorios, llamando a suceder al difunto a los descendientes, sin distinguir la naturaleza de su filiación.

A partir de lo anterior, se desprende que los efectos de una sentencia de adopción involucran por extensión todos los beneficios que emanan de la constitución del estado civil de hijo de los adoptantes, dando cumplimiento en forma integral de esta forma a lo preceptuado en el artículo 1 de la Ley 19.620, en cuanto a “amparar su derecho a vivir y desarrollarse en el seno de una familia”, la que deberá satisfacer todas sus necesidades, tanto espirituales, a través de su integración al grupo familiar extendido, como materiales, a través

de todas las prestaciones legales a la que tenga derecho en su calidad de hijo de los adoptantes, cuando todo lo anterior no pueda serle proveído por su familia originaria.

No debemos dejar de considerar que se trata de acoger a un niño, niño o adolescente que, en la mayoría de las veces, ha sido declarado en estado de abandono, tanto por el maltrato o negligencia paterna, su inhabilidad para asumir su rol en la crianza de sus hijos, como por el simple deseo de cederlo en adopción, incluso antes de su nacimiento, constituyendo esta última otra forma de abandono, por lo tanto, la legislación chilena ha procurado asegurar su inserción en la familia adoptante, sin distinguir la naturaleza de su filiación.

7. La Retracción de los solicitantes

El día 21 de Abril de 2002, el diario “El Austral de La Araucanía”¹² publicó una breve entrevista a la directora de SENAME de la época, doña Delia Del Gatto Reyes, quien, preguntada por la devolución de un niño en la comuna de Valparaíso, contestó que era una situación excepcionalísima que no ocurría hace 10 años, asegurando que con la nueva ley dichas incidencias no ocurrirían por la rigurosa selección de los matrimonios adoptantes. Agregó que todo se debió a una decisión equivocada de los adoptantes y que nunca existió una “devolución”, puesto que ocurrió “justo antes de firmar los papeles”.

Dos hechos similares a los descritos precedentemente ocurrieron el primero el día 19 de Abril de 2013, fecha en que la Unidad de Adopción de Sename efectuó una presentación ante un Juzgado de Familia de la Región Metropolitana, que daba cuenta de la falta de adaptación entre una niña de 11 años y sus padres adoptivos extranjeros de nacionalidad italiana, por lo que el matrimonio solicitante no daría término al trámite de inscripción ante el Servicio de Registro Civil e Identificación; mientras que el segundo ocurrió el día 09 de Julio de 2014, oportunidad en que la misma Unidad de Sename efectuó presentación ante el mismo Tribunal, dando cuenta de la decisión de los solicitantes, un matrimonio italiano también, de no querer mantener el cuidado personal de dos niños chilenos de 8 y 6 años a la fecha de la solicitud, pese a haberse dictado la sentencia definitiva de adopción.

Cabe destacar que en ambos casos los abogados de las partes expusieron la falta de adaptación de los niños al proceso de acercamiento con los solicitantes, la falta de recursos de los nuevos padres para manejar el comportamiento de los niños y su decisión final de no continuar con el proceso, pese a haberse dictado una sentencia definitiva. Finalmente, requirieron al Tribunal que los niños fueran nuevamente ingresados a una residencia proteccional de SENAME, dándose inicio

¹² <http://www.australtemuco.cl/site/edic/20020420233037/pags/20020421074233.html>

a nuevo procedimiento de Medida de Protección, dejándose sin efecto el cuidado personal provisorio de los niños de dichos autos.

Pese a que la normativa actual chilena sobre adopción no contempla ninguna regulación jurídica para las situaciones de hecho como las descritas, existen antecedentes que dan cuenta de la ocurrencia de la retractación de algunos solicitantes, quienes pese a haber sido calificados como idóneos por las instituciones acreditadas ante SENAME, no son capaces o rehúsan, por motivaciones que escapan a este trabajo, llevar a término el procedimiento de adopción.

A fin de definir de qué se trata el fenómeno en estudio, semánticamente la Real Academia de la Lengua define el verbo “retractar” como “revocar expresamente lo que se ha dicho, desdecirse de ello”¹³, mientras que en doctrina, el profesor Arturo Alessandri indica que la revocación es “una declaración de voluntad unilateral, que consiste en la retractación de un precedente acto jurídico, incluso bilateral, consentida por la ley al autor de dicha retractación”¹⁴.

Para determinar el sentido y alcance de la revocación o retractación como acto jurídico unilateral en la presente investigación, es oportuno recurrir al artículo 2.163 del Código Civil, que identifica a la revocación como una de las formas excepcionales de poner término al mandato, como contrato bilateral, puesto que como manifestación unilateral, la revocación no sería suficiente para dejar sin efecto un acto jurídico bilateral como es el mandato, de acuerdo a lo preceptuado en el artículo 1.545 del Código Civil, que dispone que “todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes y no puede ser invalidado, sino por su consentimiento mutuo o por causas legales”.

¹³ Disponible en: <http://dle.rae.es/?w=retractar&m=form&o=h>

¹⁴ Arturo Alessandri R., Manuel Somarriva U y Antonio Vodanovic H., Tratado de Derecho Civil, Partes Preliminar y General", Tomo Segundo, año 2011, página 351.

A partir del análisis precedente, se desprende que la facultad de retractarse ante un acto jurídico celebrado entre dos o más partes es otorgada por la ley a los contratantes. Sin embargo y en relación al tema de investigación elegido, la adopción no se trata de un contrato civil, como estaba determinado por la antigua Ley 7.613, que regulaba la materia, sino que es un acto jurídico que atiende específicamente a establecer un nuevo estado civil.

¿Y si no se trata de un contrato civil, cuál es la naturaleza jurídica de la adopción?

De acuerdo a las diversas calificaciones de que ha sido objeto en cada uno de los cuerpos normativos que la han regulado a lo largo de la historia, la adopción ha sido considerada como¹⁵:

- a. Una figura contractual con efectos restringidos;
- b. Una medida de protección a fin de interrumpir la amenaza o vulneración efectiva de los derechos de los niños, niñas y adolescentes; y finalmente
- c. Un programa integral que se ocupa del bienestar integral futuro de niños, niñas y adolescentes.

Al tenor de lo anterior, los primeros cuerpos legales que regularon la adopción, a saber las No. 5.343 y la No. 7.613, la calificaron como un contrato civil con efectos restringidos entre adoptante y adoptado, donde este último no adquiriría el estado civil de hijo del adoptante. Como contrato civil, solo generaba derechos y obligaciones correlativas a las partes contratantes, no siendo sus efectos erga omnes.

En cuanto a su naturaleza de medida de protección, se considera al niño de autos como sujeto de protección, por lo que el Programa de Adopción se considera como una forma definitiva de poner fin a la amenaza o vulneración de

¹⁵ Campillay Fernández, J. (2005). La adopción y los nuevos procedimientos de la Ley 19.968 sobre Tribunales de Familia. Disponible en <http://www.repositorio.uchile.cl/handle/2250/107631>

derechos de niños, niñas o adolescente. No obstante, la normativa vigente en la materia se aleja del carácter provisorio de la medida de protección, por lo que la sentencia de adopción no cumpliría con las características propias de una medida cautelar, que es su temporalidad y revocabilidad, una vez que han cesado las vulneraciones o amenazas que la hicieron procedente.

De acuerdo a jurisprudencia basada en legislación ya derogada en materia de adopción, es interesante tener presente que el mismo profesor Abeliuk rescató una nueva clasificación de la adopción, esto es, refiriéndose a ella en los siguientes términos:

“La adopción plena una ficción legal que crea un vínculo virtualmente familiar entre el adoptado y sus adoptantes que unidos en matrimonio provocan una relación equivalente o similar a la que existe entre padres e hijos legítimos, y aun más, por dicha institución caducan los vínculos de la filiación de origen del adoptado, creándose el estado civil de hijo y padres legítimos con los adoptantes, de un modo irrevocable, debiendo estarse para ello y en primer lugar al interés, seguridad y protección del menor y seguidamente al de sus padres adoptivos, quienes deben manifestar su voluntad y decisión de recibirlo en la condición de hijo”¹⁶.

Como se puede apreciar, la jurisprudencia también intentó su propia clasificación debido a las imprecisiones de la Ley de Adopción sin duda, aunque con poca fortuna, puesto que la nueva Ley 19.620 no definió su naturaleza jurídica.

Finalmente y de acuerdo a lo preceptuado por el artículo 7 de la Ley de Adopción, la adopción es presentada como un Programa cuyas actividades tienden a “procurar al niño una familia responsable”, a través de la cual podría éste cumplir todos los principios que inspiran la normativa sobre adopción, entre

¹⁶ René Abeliuk, “La Filiación y sus Efectos”, Editorial Jurídica de Chile, año 2001, pp. 132.

los que destacan su interés superior y su protección en caso de abandono, por ejemplo.

De acuerdo a lo expuesto precedentemente, podemos afirmar sin lugar a dudas que cuando nos enfrentamos a la posibilidad de revocar o retractarse de la adopción de un niño, dicha alternativa no es posible puesto que no se trata de un contrato civil ni un procedimiento cautelar provisorio, tal como lo define el artículo 68 y siguientes de la Ley 19.968, sino que estamos frente a una institución integral que busca asegurar el bienestar futuro de un niño que ha sido afectado por diversos factores que sociales y emocionales, que no admite dicha posibilidad, lo que es refrendado por el artículo 38 de la Ley de Adopción que dispone que “la adopción es irrevocable, salvo la acción de nulidad” en los plazos que indica la ley.

8. Determinar si la Ley 19.620 regula o no el “retracto de los padres adoptivos”

De acuerdo al tema de investigación, resulta fundamental la revisión de la normativa nacional vigente sobre adopción, contenida principalmente en la Ley 19.620, su reglamento contenido en el Decreto 944 de fecha 18 de Noviembre de 1999, la Ley 19.968, que crea los Tribunales de Familia, y el Convenido sobre Adopción Internacional, vigente y ratificado por Chile en el año 1999.

En cuanto al primer cuerpo normativo que rige los procedimientos previos a la adopción y la adopción misma, panorámicamente en su Título Primero sobre Disposiciones Generales se extiende de los artículos 1 al 7 y describe el objetivo de la adopción, que es “velar por el interés superior del adoptado”, que ya ha sido definido previamente, junto con las actividades que forma parte del programa de adopción a cargo de Sename y sus instituciones acreditadas; indica la subsidiariedad de la Ley de Familia en cuanto a la tramitación de la susceptibilidad de adopción y la adopción propiamente tal; y establece las facultades del Servicio de Menores y su rol, así como la obligación de mantener un registro nacional de niños, susceptibles de adoptar.

A continuación, su Título Segundo, que va desde los artículos 8 al 19, define la legitimidad pasiva de los menores susceptibles de ser adoptados, identificando los requisitos que deben cumplir. Luego establece la facultad de retractación de aquellos padres que hayan manifestado su voluntad de entregar a sus hijos en adopción.

Respecto a dicha retractación, resulta fundamental destacar que si bien la ley autoriza a los padres biológicos para dar pie atrás en su decisión voluntaria de entregar a su hijo, ésta difiere en cuanto a su naturaleza y consecuencias jurídicas en comparación a aquella de los padres solicitantes de adopción, en cuanto a que:

a. La retractación de los padres biológicos es una facultad otorgada y contemplada por la ley, por lo que esta última ha considerado aspectos relevantes a su respecto, como plazo y naturaleza jurídica, dentro del procedimiento de susceptibilidad de adopción; mientras que la retractación para los solicitantes no está considerado por la ley en mérito de lo dispuesto en el artículo 38 de la Ley 19.620.

b. No se producen en la misma etapa procesal de la adopción: mientras la retractación de los padres biológicos tendrá lugar durante el procedimiento de declaración de susceptibilidad del niño, niña o adolescente, la de los padres adoptivos, en caso de producirse, será en el procedimiento de adopción propiamente tal, una vez dictada la sentencia definitiva de adopción.

c. La retractación de los padres biológicos tiene un plazo legal de 30 días; una vez manifestada durante el procedimiento de declaración de susceptibilidad del niño, niña o adolescente, y expirado dicho plazo, ya no es posible desdecirse; mientras que la retractación de los padres adoptivos, en caso de producirse, no posee plazo legal alguno, ya que no es admitida en absoluto.

d. La retractación de los padres biológicos constituye oposición a la declaración de susceptibilidad de ser adoptado del niño, sujeto de tal declaración, dentro de un procedimiento contencioso; mientras que la retractación de los solicitantes de adopción no tiene tal carácter, por tratarse de un procedimiento no contencioso.

De acuerdo al profesor Hernán Corral¹⁷, la voluntad de entregar a un niño en adopción de parte de sus padres y aunque la ley no lo señala expresamente, debe considerarse como revocable en cualquier momento del juicio mientras no haya quedado ejecutoriada la sentencia definitiva que declara susceptible de ser adoptado, a fin de acatar los principios inspiradores de la nueva Ley de

¹⁷ Corral Talciani, Hernán. "Adopción y filiación adoptiva", Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2002, pág xx.

Adopción, que da preferencia a la familia biológica y establece el carácter subsidiario de la adopción.

En el mismo Título Segundo, se han regulado sucintamente las etapas procesales de la declaración de susceptibilidad y de adopción, estableciéndose los plazos para la celebración de las audiencias preparatoria y de juicio, los derechos que le asisten a las partes requeridas y la citación de los padres biológicos en caso de hallarse determinada su filiación respecto del niño sujeto del procedimiento y los ascendientes y otros consanguíneos hasta el tercer grado en la línea colateral.

Es importante destacar que dentro de este título se establecen varias presunciones legales a fin de dar por comprobadas ciertas circunstancias que permitirán al juez de familia darle curso progresivo a los autos a fin de declarar al niño, niña o adolescente como susceptible de ser adoptado, esto es, entregar al niño a instituciones de protección de menores o a un tercero con “ánimo manifiesto de liberarse de sus obligaciones legales¹⁸”, abandonar a un niño en lugar solitario o en un hospital, especialmente si dicho no obedecen a una causa justificada, “que la 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 cuidado¹⁹”.

Con el fin de que no existan decisiones contrarias, el juez competente podrá acumular todo procedimiento de medida de protección en tramitación a la causa que conoce, sin perjuicio de tenerlos a la vista.

Excepcionalmente, el mismo juez que conoce del juicio de susceptibilidad podrá confiar el cuidado personal provisorio a quienes hayan manifestado su voluntad de adoptarlo a través de la presentación de la respectiva solicitud de adopción, en audiencia especial.

¹⁸ Artículo 12, numeral 3, de la Ley 19.620.

¹⁹ Artículo 12, numeral 3, de la Ley 19.620.

En cuanto al Título Tercero, dividido en tres párrafos entre los párrafos 20 al 38, describe en su primer párrafo el Procedimiento de Adopción para residentes en Chile, estableciendo los requisitos de quienes pueden solicitar la adopción, ya sea por matrimonios, solteros, divorciados o viudos; mientras que el segundo párrafo determina al juez competente para conocer el juicio de adopción, así como los antecedentes que deben acompañarse a la solicitud, indicando específicamente “el informe de evaluación de idoneidad física, mental, psicológica y moral de los solicitantes”, evacuado por SENAME o las instituciones acreditadas ante dicho organismo, de acuerdo al numeral 3 del artículo 23 de la Ley de Adopción. Junto a lo anterior, faculta también para que el juez resuelva provisoriamente sobre el cuidado personal del niño, a fin de iniciar el proceso de enlace con su futura familia adoptiva. En este sentido, esta medida resulta de extremo interesante, puesto que inicia en la práctica el acercamiento material entre el niño y los solicitantes, momento en que se inicia la adaptación del niño a su futuro entorno y que, de acuerdo a los lineamientos técnicos de SENAME, será acompañado por profesionales de dicha entidad o de los organismos acreditados como parte de las actividades del Programa de Adopción. A continuación este segundo párrafo indica la forma de notificación de la sentencia definitiva de adopción, las diligencias que el juez en su sentencia debe ordenar a diversas instituciones que mantienen registro de los antecedentes del niño de autos para su identificación y ordena en definitiva la remisión de los antecedentes a la Oficina del Servicio de Registro Civil del domicilio de los adoptantes “a fin de que se practique una nueva inscripción de nacimiento del adoptado como hijo de los adoptantes”, de acuerdo al artículo 26, numeral 2, y cumpliendo lo preceptuado en el artículo 31 de la Ley 4.808 de Registro Civil.

Nos llama poderosamente la atención que en este párrafo se haya dejado la facultad de requerir la inscripción a los solicitantes o un tercero a su nombre, situación que es relevante destacar, puesto que dejarla al arbitrio de los

solicitantes o un tercero a su nombre, resultan contradictorio con uno de los principios fundamentales que inspira la Ley de Adopción, que es el Interés superior del Niño, y lo establecido en el artículo 13 de la Ley 19.968, aplicada subsidiariamente, en cuanto se podría facultar expresamente al Tribunal para efectuar dicha inscripción de oficio para llevar a término el proceso con mayor celeridad. Es importante anotar que tal inscripción cumple con la formalidad de publicidad que ordena el artículo 37 de la Ley de Adopción, sin la cual la sentencia definitiva de adopción no producirá sus efectos legales, y que a nuestro juicio no debería quedar sujeta a la diligencia de los adoptantes y la entidad patrocinante.

Finalmente, este párrafo segundo dispone la reserva de todas las actuaciones judiciales y administrativas a que dé lugar la adopción, sin perjuicio de la decisión contraria de los solicitantes.

En cuanto al párrafo tercero de este título, que se extiende entre los artículos 29 al 36, en él se regula la adopción por personas no residentes en Chile, facultando la aplicación del derecho internacional en caso de ser necesario, estableciendo que se trata de una alternativa subsidiaria en caso de no existir solicitantes con residencia en Chile para adoptar, siempre que éstos cumplan los requisitos legales pertinentes, y acompañen los documentos que se indica en el artículo 32. A falta de alguno de dichos antecedentes, el juez de admisibilidad no dará curso a la tramitación de la solicitud. Y en caso de ser solicitado, el juez podrá otorgar el cuidado personal provisorio del niño a los solicitantes, quienes no podrán abandonar el país con el niño sin autorización judicial.

En el cuarto y último párrafo de este Título, que abarca los artículos 37 y 38, indicando que la adopción confiere el estado civil de hijo al adoptado respecto de los solicitantes, con todos los derechos y obligaciones correlativas, extinguiéndose de paso el vínculo de filiación con su familia de origen, excepto los impedimentos para celebrar el matrimonio, según lo dispuesto en el artículo 5

de la Ley de Matrimonio Civil. A continuación, su artículo 38 establece una prohibición que resulta crucial para el tema en estudio de la presente investigación, esto es, que la adopción es irrevocable, no admitiendo ninguna forma de dejarla sin efecto, salvo la acción de nulidad, impetrada por el mismo adoptado o por curador ad litem, siempre que se haya obtenido por medios fraudulentos o ilícitos. Esta acción se podrá interponer hasta 4 años después desde que sea conocido el vicio que afecta a la adopción, a partir de que el adoptado alcance su plena capacidad.

En su Título Quinto y final, que va desde los artículos 39 al 44, establece las sanciones administrativas y penales respecto de funcionarios públicos en caso de producirse revelación de los antecedentes que sean parte de la carpeta judicial o que reciban una contraprestación para facilitar la entrega de un menor; así como respecto de terceros que mediante conductas abusivas, obtengan la entrega de un niño, niña o adolescente para sacarlo del país con fines de adopción. En su último artículo se dispone agravantes de las sanciones penales para los profesionales o terceros que incurran en las acciones descritas, abusando de su oficio, cargo o profesión.

Del análisis precedente, es posible concluir que la ley no ha contemplado de ninguna forma la posibilidad de que los padres solicitantes puedan revertir su intención de adoptar a un niño. Y tampoco existe ninguna sanción para los solicitantes que no completen ni formalicen el procedimiento de adopción través de la inscripción ante el Servicio de Registro Civil, pues ésta queda en manos de los mismos requirentes, quienes han rehusado a efectuar la inscripción que se ordena en la sentencia definitiva.

Como se aprecia, esta situación de hecho, esto es, la retractación de los solicitantes, ha exigido a la magistratura especializada una respuesta a la situación jurídica de los niños que son parte de dichos procedimientos fallidos de adopción.

A fin de reafirmar la imposibilidad de la revocación de parte de los solicitantes en un procedimiento de adopción, el artículo 38 de la Ley de Adopción ha sido clara en cuanto que ha dispuesto que “la adopción es irrevocable”, sin perjuicio de que la misma pueda perder su eficacia a través del recurso de nulidad, que podrá interponer el único legitimado para ello, esto es, el adoptado dentro del plazo de “cuatro años contado desde la fecha en que el adoptado, alcanzada su plena capacidad, haya tomado conocimiento del vicio que afecta a la adopción”.

Respecto a la segunda fuente regulatoria en materia de adopción, es decir, el Reglamento de la Ley 19.620, contenido en el Decreto 944, está dividido en cinco Títulos, señalando el primero de ellos, que va desde el artículo 1 al 3, que su aplicación irá en concordancia con el Interés superior del niño, ya analizado precedentemente, junto con ordenar que las actividades del Programa de Adopción serán llevadas a cabo por el Servicio Nacional de Menores a través de los estamentos administrativos propios y acreditados que corresponda.

El reglamento faculta a las Unidades de Adopción existentes para colaborar a quienes hayan intervenido en un proceso de adopción en la búsqueda de los orígenes, ya sea a requerimiento del mismo adoptado, los adoptantes, sus ascendientes o descendientes.

En su segundo Título se dispone la creación de un registro de niños, niñas o adolescentes, susceptibles de ser adoptados, de acuerdo a las sentencias que se dicten ordenando la declaración de susceptibilidad de adopción; un segundo que contenga a los interesados en adoptar niños en Chile, ya sea que se trate de matrimonios chilenos o extranjeros, personas solteras, viudas o divorciadas, los que se actualizan mensualmente; y un tercer registro de todas aquellas personas que decidan terminar con su postulación y los que resulten declarados como no idóneos para adoptar, ya sea en forma temporal como definitiva.

El tercer Título del Reglamento se dedica a detallar el listado de las actividades que forman parte del Programa de Adopción, dispuesto en el artículo 5 de la Ley 19.620, entre las que destacan, el apoyo a la familia de origen del niño, en particular la constatación de circunstancias que permitan mantener al niño inserto en su familia biológica; la calificación de idoneidad, evaluación técnica y preparación de futuros adoptantes y búsqueda de orígenes de los adoptados, estableciéndose medidas administrativas para la separación de actividades que tengan relación con la familia de origen del niño y con aquellas de preparación para futuros postulantes.

El artículo 9 del Reglamento dispone un rol activo de SENAME y sus instituciones acreditadas, las que deberán colaborar con el Juez de Familia a fin de proveerle los antecedentes que permitan a éste último formarse la convicción de que el niño está en situación de ser declarado susceptible de ser adoptado.

Como aspecto relevante, el artículo 12, en su inciso segundo, ordena que el programa de adopción deberá brindar apoyo y acompañamiento a las familias adoptivas durante el proceso de integración del niño a su nueva familia, lo que sin duda resulta una etapa fundamental del proceso de adaptación del niño a su nuevo entorno, y que justamente es la oportunidad en que, a nuestro juicio, se incuba la decisión de retractarse de la adopción de parte de los padres adoptivos, debido a razones que escapan del ámbito de análisis de este estudio.

En el Título Cuarto se define la calidad de los organismos acreditados ante SENAME para llevar a cabo los programas de adopción en nuestro país, estableciéndose diversos requisitos, así como la naturaleza jurídica de las instituciones postulantes.

Finalmente, su Título Quinto se refiere a la solicitud de adopción que pueden iniciar personas con residencia en el extranjero, determinando la documentación y antecedentes que se deben acompañar a la solicitud y el seguimiento de la familia adoptiva por las instituciones que corresponda de

acuerdo a lo dispuesto en la Convención de La Haya sobre la Protección del Niño y Cooperación en materia de Adopción Internacional, junto con la responsabilidad de las instituciones extranjeras acreditadas respecto de la búsqueda de orígenes de los niños adoptados.

En cuanto al tercer cuerpo normativo que tiene relevancia en materia de Adopción, esto es, la Ley 19.968 que crea los Tribunales de Familia, su aplicación subsidiaria está dispuesta en el artículo 2 de la Ley 19.620, únicamente para efectos de tramitación de la solicitud de declaración de susceptibilidad y solicitud de adopción, especialmente las etapas de audiencia preparatoria de juicio y los recursos en contra de la sentencia definitiva que se dicta en cada uno de tales procedimientos, por lo que no ofrece mayor interés para el tema de estudio del presente trabajo.

En cuanto a la normativa internacional aplicable, la Convención de Protección del Niño y Cooperación en Materia de Adopción Internacional, vigente y ratificada por Chile, con fecha 02 de Agosto de 1999, dispone el ámbito de aplicación de la misma, los propósitos de la Convención, así como los requisitos para adopciones internacionales, junto con determinar las autoridades centrales, organismos acreditados en materia de adopción internacional y las exigencias del procedimiento de adopción internacional, que será aplicable a todos los estados que hayan ratificado la Convención, así como el reconocimiento por el ministerio de la ley y las consecuencias de la adopción internacional en los demás países suscriptores, esto es, la existencia del vínculo filial jurídico entre el niño y sus padres adoptivos, la patria potestad entre éstos últimos y el niño, así como la extinción de vínculos legales entre el niño y su familia de origen, así como las condiciones para que no se reconozca una adopción de tal naturaleza.

Entre sus disposiciones generales, la Convención dispone que ésta no afectará ninguna Ley en materia de adopción de los países que se hayan adherido a misma. También busca cumplir con el principio inspirador de la Adopción, que

es el Derecho a la Identidad del niño, por lo que dispone la conservación de los antecedentes de la familia de origen y médicos del niño, niña o adolescente adoptado.

En cuanto al segundo cuerpo normativo en la materia de carácter internacional, esto es, la Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en Materia de Adopción de Menores, constituye una Convención que busca dirimir el conflicto de atribución de normas que se deben emplear en caso de que existan controversias de relevancia jurídica entre los sujetos de la adopción de distinta nacionalidad. Considera también dentro de sus preceptos la admisibilidad de la nulidad de la adopción en su artículo 14, mediante una sentencia judicial según las leyes de otorgamiento de dicha adopción, haciendo eco de lo establecido en el artículo 38 de la Ley 19.620, aunque sin limitar los requisitos de procedencia de tal nulidad. En este mismo sentido, nos parece interesante destacar que en su artículo 16, esta convención reconoce la posibilidad de que en ciertos países se pueda revocar la adopción por los mismos jueces del Estado de residencia habitual del adoptado al momento de otorgarse la adopción, aunque entendemos que por la naturaleza atributiva de esta convención, su invocación por los jueces de familia nacionales es completamente improcedente, sin perjuicio de que para el objeto de nuestro estudio sea indiciario de que la revocación de la adopción exista en otros países.

Tras esta revisión panorámica de la legislación que atañe a la adopción en Chile, hemos podido establecer que en la legislación nacional no se admite la posibilidad de que los padres adoptivos puedan recurrir a alguna instancia judicial que les permita manifestar su deseo de no seguir adelante con el procedimiento de adopción y que les permita revertir los efectos de la sentencia definitiva de adopción. En caso de ser procedente, lo único que cabría sería interponer el recurso de Apelación, lo que resultaría completamente

improcedente por tratarse la adopción de un procedimiento no contencioso, donde no cabría agravio ni perjuicio que reparar.

En la práctica, la única alternativa existente sería simplemente no cumplir todas las etapas del procedimiento de adopción, tal cual está previsto en la Ley 19.620, especialmente la inscripción de la sentencia ejecutoriada ante la autoridad administrativa, cuyo efecto principal es el cambio en el estado civil del niño adoptado y que, tal como está dispuesto por la ley vigente, queda al arbitrio de los solicitantes.

9. Efecto de la retractación en el procedimiento de adopción.

De acuerdo a lo regulado en el artículo 37 de la Ley 19.620, con la dictación de la sentencia definitiva, el adoptado adquiere el nuevo estado civil de hijo de los adoptantes, junto con todos los derechos y deberes recíprocos establecidos legalmente a su favor, extinguiéndose simultáneamente todos los vínculos de filiación con su familia de origen y subsistiendo únicamente los impedimentos para contraer matrimonio, que dispone el artículo 5 de la Ley 19.947 sobre Matrimonio Civil, “por razones de orden moral y de orden público”²⁰. Junto a lo anterior, y de acuerdo al artículo 19 del mismo cuerpo legal, el juez que conoce del juicio podrá otorgar el cuidado personal provisorio del niño, niña o adolescente a favor de los solicitantes.

Si bien una sentencia definitiva surte efectos desde su dictación, en el caso de la adopción favorable y en el entendido que se trata de “un procedimiento no contencioso”²¹, donde se puede presumir que no habrá recursos que impugnen la decisión judicial, sus efectos legales, principalmente la constitución del nuevo estado civil del adoptado, se producirán únicamente “desde la fecha de la inscripción de nacimiento ordenada”²². Esta medida de publicidad que se debe efectuar ante el Servicio de Registro Civil e Identificación del domicilio de los adoptantes, queda a sujeta al requerimiento de los adoptantes o por un tercero en su representación. por lo que con razón el profesor Abeliuk dicurrió que “la ley está más interesada en consolidar situaciones que en mantener inestabilidades”²³.

²⁰ Vergara Bularz, V. (2011). La adopción en Chile : falencias y debilidades de la ley 19.620. Disponible en <http://www.repositorio.uchile.cl/handle/2250/111710>.

²¹ Artículo 23, inciso 2°, Ley 19.620: “Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 29 de la presente ley, la adopción tendrá el carácter de un procedimiento no contencioso, en el que no será admisible oposición”.

²² Artículo 37, inciso 2°, Ley 19.620: “La adopción producirá sus efectos legales desde la fecha de la inscripción de nacimiento ordenada por la sentencia que la constituye”.

²³ René Abeliuk, “La Filiación y sus Efectos”, Editorial Jurídica de Chile, año 2001, pp. 87.

Reflexionando sobre el principal efecto legal de la adopción, el profesor René Ramos Pazos plantea que los efectos del estado civil de una persona son de orden público, por lo tanto es relevante para la adopción que se practique dicha inscripción, por cuanto en caso contrario, nunca se constituirá el nuevo estado civil del adoptado.

De acuerdo a la doctrina, como atributo de la personalidad, el estado civil es irrenunciable²⁴ por los individuos; por lo anterior y en relación a lo establecido en el artículo 37 de la Ley 19.620, la naturaleza indisponible del estado civil no se condice con la facultad que se le otorga a los adoptantes para decidir si requieren o no la inscripción, lo que en la práctica podría no efectuarse en el caso de que decidieran retractarse de la idea de adoptar a un niño, niña o adolescente. Lo anterior y a la luz de la normativa vigente, especialmente el artículo 5 de la Ley 19.620 y el Reglamento de la misma Ley, contenido en el Decrto 944, que significaría un eventual fracaso del Programa de Adopción de Sename y de sus instituciones acreditadas y la completa indefensión del niño de autos.

Nos llama poderosamente la atención que la inscripción ordenada en el artículo 38 ante el registro público y que resulta fundamental para que se complete el procedimiento de adopción, se transforme en la práctica en una carga procesal, más que en una obligación legal.

Al respecto, el profesor Arturo Alessandri ha definido la carga²⁵ como “un comportamiento no obligatorio, pero necesario para satisfacer un interés propio, ya consista en obtener o conservar una ventaja o beneficio jurídico”.

²⁴ René Ramos Pazos, Derecho de Familia, Tomo II, Séptima Edición, Editorial Jurídica de Chile, año 2014, pp 528.

²⁵ Arturo Alessandri, Manuel Somarriva y Antonio Vodanovic, Tratado de Derecho Civil, Partes Premilinar y General, Tomo I, pp. 39.

Desgraciadamente, como se desprende de una simple lectura de la ley, queda en evidencia que no se trata de una obligación, puesto que su incumplimiento no tiene como consecuencia alguna sanción expresa. Por el contrario, la doctrina ha dicho que en el caso de la inobservancia de la carga, nos referimos a la inscripción ante el Registro Civil, ésta “no trae aparejada sanción alguna, pero sí trae, por vía de consecuencia, la negación del beneficio condicionado al cumplimiento de ella”²⁶

De acuerdo al razonamiento del profesor Alessandri, la carga busca satisfacer un interés particular y, en el caso de la adopción, podría decirse con propiedad que los solicitantes miran su propio interés por sobre aquel del niño, niña o adolescente que habían decidido adoptar.

En el mismo orden de ideas y a nuestro juicio, es temerario que la ley disponga que dicha actuación quede sujeta a la voluntad de los solicitantes, puesto que es una vía para la revocación “de hecho” de la adopción, lo que resulta contradictorio con uno de los principios fundamentales que inspira la Ley de Adopción, que es el Interés superior del Niño. Dicha contradicción podría salvarse si se aplicara lo establecido en el artículo 13 de la Ley 19.968 de aplicación subsidiaria, en cuanto podría facultarse expresamente al Tribunal para efectuar dicha inscripción de oficio a fin de llevar a término el proceso de adopción con mayor celeridad, puesto que tal inscripción cumple con la formalidad que ordena la sentencia ejecutoriada sin la cual, la declaración de adopción no producirá sus efectos legales.

En palabras de don René Abeliuk, “por mucho que la adopción intente imitar la naturaleza, sigue siendo una creación humana, y por tanto, sólo está constituida y determinada cuando se cumplen los trámites legales”²⁷. A mayor abundamiento, el mismo profesor reflexiona que “en este caso no se trata, pues,

²⁶ Ob Cit. Pp 39.

²⁷ René Abeliuk, “La Filiación y sus Efectos”, Editorial Jurídica de Chile, año 2001, pp. 88

de una inoponibilidad, como es la regla general en este tipo de requisitos de inscripciones y subinscripciones, sino que de existencia. No tiene plazo la inscripción, pero mientras no se efectúe, la adopción no produce efectos”²⁸.

De acuerdo a la revisión efectuada de la normativa vigente sobre adopción en busca de un mecanismo que admite o regule jurídicamente la retractación de los adoptantes luego de dictada la sentencia definitiva, ha resultado para las autoras toda una sorpresa descubrir el silencio, consciente o no, en los cuerpos normativos revisados, de algún tipo de recurso respecto de dicha situación.

Por lo anteriormente razonado, el niño, niña o adolescente sujeto del juicio de adopción mantiene su antigua filiación de origen, lo que conlleva entonces a que éste se encuentre nuevamente ante una vulneración de su derecho, en esta oportunidad, constituida por el nuevo abandono de los solicitantes y la imposibilidad de que el sistema jurídico-proteccional le brinde una familia donde pueda desarrollar su potencial y que sea cuidado de acuerdo a sus necesidades.

En mérito de lo anterior, es ineludiblemente necesario que la normativa que regula la adopción en nuestro país se pronuncie respecto del retracto de los futuros adoptantes, teniendo como fin ulterior el bienestar de la infancia abandonada o vulnerada de nuestro país. Y no nos referimos a que la ley contemple una sanción propiamente tal, sino que apostamos por el perfeccionamiento de alguna manera de la selección y preparación de los futuros padres a través de la entidad administrativa que corresponda, puesto que es sabido que los niños, niñas y adolescentes, que son sujetos de adopción, en su gran mayoría son niños vulnerados y, por tanto, presentan necesidades especiales que deben ser abordadas por unos padres preparados para dicha contingencia.

²⁸ René Abelulik, ob.cit. pp. 88.

10. Breve repaso a la legislación comparada en adopción.

10.1 España

Los menores que se encuentran en un escenario de desamparo pasan a quedar, por el ministerio de la ley, bajo tutela de la entidad pública a la que esté encomendada la protección de menores en el respectivo territorio. Se trata de una guarda legal. Se considera como situación de desamparo la que se produce de hecho a causa del incumplimiento, o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores, cuando éstos queden privados de la necesaria asistencia moral o material (art. 172 inc. 1 CC). La tutela legal y la situación de desamparo se deben declarar por resoluciones que son recurribles ante el juez civil (art. 172 inc. 6 CC). Esta guarda se verifica operativamente mediante el “acogimiento familiar” o el “acogimiento residencial”. Este último se produce cuando el menor es internado en un centro de protección cuyo Director asume como titular del acogimiento (art. 172 inc. 3 CC).

El acogimiento familiar es la colocación del menor bajo una persona o pluralidad de personas que conforman un hogar idóneo: “se podrá ejercer por la persona o personas que sustituyan al núcleo familiar del menor o por responsable del hogar funcional” (art. 173 inc.1 CC). El acogimiento familiar puede adoptar, según sus finalidades, tres modalidades: el acogimiento simple, que tiene un carácter transitorio, y en el que se espera la reinserción del adoptado en la familia de origen o una medida de protección más estable; el acogimiento permanente, cuando la situación del menor aconseje mantener indefinidamente dicho acogimiento; y el acogimiento preadoptivo, si la entidad pública eleva una propuesta de adopción del menor a la autoridad judicial y los acogedores tienen los requisitos para convertirse en adoptantes (art.173 bis CC).

El acogimiento familiar produce “la plena incorporación del menor en la vida de familia e impone a quien lo reciba las obligaciones de velar por él, tenerlo en su compañía, alimentarlo, educarlo y procurarle una formación integral” (art. 173 bis CC). En el acogimiento familiar permanente el juez puede atribuir a los acogedores aquellas facultades de la tutela que faciliten el desempeño de sus responsabilidades (art.173 bis CC).

La adopción se constituye por resolución judicial que debe tener en cuenta el interés del adoptado y la idoneidad del o de los adoptantes (art. 176 CC). El adoptante debe tener más de veinticinco años, bastando en caso de matrimonios que uno de los cónyuges supere esa edad. La diferencia de edad mínima entre adoptantes y adoptado es de catorce años (art. 175 inc. 1 CC). Sólo los menores no emancipados pueden ser adoptados. Se admite la adopción de un mayor de edad o de un menor emancipado si hubiere existido previamente un acogimiento o convivencia iniciada antes de que el adoptado hubiere cumplido catorce años (art. 175 inc. 2).

La adopción es individual, salvo que se trate de cónyuges (art. 175 inc. 4).

Esta adopción produce una filiación adoptiva con iguales efectos que la filiación por naturaleza. Por ello extingue los vínculos jurídicos entre el adoptado y su familia anterior (art.178 CC). Esta extinción no se produce tratándose de impedimentos matrimoniales, ni cuando el adoptado es hijo del cónyuge del adoptante, ni cuando sólo uno de los progenitores haya sido determinado y el adoptante sea persona de distinto sexo de ese progenitor, y así se haya solicitado (art.178 CC).

La adopción es irrevocable. Pero los padres que no hayan intervenido sin culpa suya en los trámites previos pueden, en el plazo de dos años siguientes a la adopción, solicitar al juez la extinción de la adopción (art. 180 CC).

El adoptante puede ser excluido de las funciones tuitivas y de los derechos que por Ley le correspondan respecto del adoptado o sus descendientes, o en sus herencias, toda vez que hubiere incurrido en causa de privación de patria potestad. Esta exclusión la efectuará el Juez a petición del Ministerio Fiscal, del adoptado o de su representante legal (art.179 CC).

En la hipótesis anterior (exclusión) o en caso de muerte del adoptante, se permite que el adoptado sea nuevamente objeto de adopción por otra u otras personas (artículo 175 inc. 4). Tal disposición, según nuestro particular parecer, se encontraría justificada en el interés superior del menor, basándonos para dicha afirmación, en la finalidad que está detrás del artículo 312 de la Ley Argentina 24779. Si ello fuera así, consideramos procedente esta institución, toda vez que, es preferible que sea adoptado nuevamente por personas que hayan de cuidarlo y protegerlo, y no que sea enviado a una institución, donde quizás pase el resto de su niñez esperando por una familia que lo quiera como hijo.

La última ley que modificó parcialmente el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil españoles es la Ley Orgánica 1/1996 de 15 de enero de 1996.

Ella, resumidamente, estableció lo siguiente: instauro como principio de carácter general a tener en cuenta respecto de la infancia, el de la primacía del interés del menor (arts. 2 LO.- “en la aplicación de la presente ley primará el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera

concurrir”- y 11.2.a, LO.). Con respecto al principio del mantenimiento del menor en el medio familiar de origen, esta ley lo formula ahora con alcance global para toda acción administrativa- “salvo que no sea conveniente para su interés”- (11.2.b, LO).

También se amplía el ámbito objetivo de actuación de la Administración al hacerla referible no sólo a los supuestos de desamparo (arts. 12 y 18 LO.), sino también a los casos de mero riesgo para el menor (arts. 12 y 17 LO.). Se extiende el ámbito subjetivo de actuación de la Administración al hacer de modo expreso referibles todas las medidas que la ley prevé a los menores extranjeros que se encuentren en España (arts. 1- “la presente Ley y sus disposiciones de desarrollo son de aplicación a los menores de dieciocho años que se encuentren es territorio español”- y 10.3 LO.).

Se ofrece una nueva articulación del acogimiento familiar que pasa de ser una figura unitaria a un medio de integración familiar plural con distintas variantes reguladas ahora de forma expresa- acogimiento familiar simple, permanente y preadoptivo - (art. 173 bis CC.).

Se clarifican las consecuencias de la situación de desamparo en relación con la patria potestad y la tutela. Sobre esto y frente a las dudas que suscitaba la regulación anterior, el artículo 172 CC dispone que la asunción de la tutela por la entidad pública lleva consigo la suspensión de la patria potestad o de la tutela ordinaria.

Se determina el ámbito de la tutela administrativa dándole en principio un contenido meramente personal. A este respecto, el artículo 172 CC considera válidos los actos de contenido patrimonial que realicen los padres o tutores en

representación del menor; siempre que sean beneficiosos para él. Se pretende la clarificación y agilización de los procedimientos administrativos y judiciales que afecten al menor. A tal fin obedece la reforma de ciertos aspectos del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil (disposición adicional primera, disposición final quinta y disposición final decimonovena, LO.). Se refuerza la intervención del Ministerio Fiscal -facultades y obligaciones- en el ámbito de la protección de los menores. Finalmente, se da regulación a la adopción internacional.

10.2 Argentina

La Ley N° 24779 (Promulgada el 26 de Marzo de 1997), vigente hoy en el país trasandino, ha insertado en el Código Civil, como título IV de la sección segunda del libro I, “La Adopción”.

La adopción tiene una figura dual, es decir, existe la adopción simple y la plena, siendo comunes para ambas los requisitos de los adoptantes, así: deben ser mayores de treinta años, excepto si se trata de cónyuges con más de tres años de matrimonio, plazo del que también se exime a los cónyuges que acrediten una imposibilidad para tener hijos (artículo 315 CC). La adopción concedida sin respetar la edad mínima del adoptante genera sólo una nulidad relativa (art. 337. 2 inc. a). El ordenamiento argentino no establece edad máxima²⁹.

²⁹ Con mayor profundidad véase KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, “De los llamados requisitos “rígidos” de la ley de adopción y el interés superior del niño. Breve paralelo de la jurisprudencia italiana y argentina”, obra inédita, 12 p., obtenida en entrevista realizada durante su permanencia en Chile para la charla “Bioética y Pobreza”, en el marco del Programa Alfa el día 27 de abril de 2004.

Ante la coexistencia de ambos tipos de adopción fue consultada la autora argentina Aída Kemelmajer de Carlucci³⁰, señalando que en un principio el Código de Vélez no regulaba la institución; fue la primera ley sobre la materia la que estableció la adopción simple, a la cual se le criticó en su tiempo por no respetar al niño, pues éste no podía entrar de lleno a la familia adoptante. Con posterioridad se efectuó una reforma en que se establecía que la adopción plena era aquella que favorecía al menor, mientras que la simple no lo beneficiaba en lo absoluto. En el último tiempo, señala, hay otra visión del tema, pues como con la ley anterior se decía que la figura plena favorecía al niño, se establecía que el juez no escucharía peticiones de adopción simple salvo que, en su opinión debidamente fundada, fuera más conveniente la simple. En opinión de la autora esa posición era absurda, pues significaba pedir una adopción que no llegaría a prosperar, pues es bien sabido que los requisitos exigidos para la adopción plena son muy estrictos y los supuestos para ella no siempre se dan. Como en la Convención Internacional de Derechos del Niño está consagrado el derecho del menor a permanecer en su familia biológica y mantener sus lazos con ella, quería decir que la adopción plena no siempre era la mejor solución, sino que ambos tipos de adopción tienen el mismo rango, por lo que el juez debía ver en el caso particular cuál era la más conveniente.

La entrevistada establece que, en principio, como regla, la adopción plena es mejor que la simple, pues permite entrar a la familia adoptiva con lazos respecto de toda la familia, no sólo con los padres adoptivos, por lo que ese menor tendrá una familia extendida.

³⁰ KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, entrevista concedida el día 27 de abril de 2004, en Santiago, en el marco de una visita realizada a nuestro país para participar en la charla “Bioética y pobreza” realizada en el Aula Magna de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile el día 22 de abril de 2004

Pero mantener los lazos con la familia de origen también puede ser conveniente en ciertos casos y con ciertas particularidades, poniendo como ejemplo en la ley argentina la adopción del hijo del cónyuge, la cual siempre será simple, pues de otro modo se perdería el vínculo con el propio progenitor, sin embargo, también está el problema que ese menor no va a tener vínculos con familia extendida, sino sólo con el progenitor, lo que es una desventaja.

La entrevistada cita como ejemplo los casos de niños abandonados (extramatrimoniales) que se han dado en adopción pues la madre no les prestaba asistencia, y luego esa progenitora quiere recuperar al bebé pues tiene una nueva vida, por ejemplo, rehabilitándose de la drogadicción. Aquí el juez está frente a un grave problema, por un lado, está el interés superior del menor, materializado en el hecho que el niño se ha integrado plenamente a la familia adoptante, y por el otro, la persona recuperada, en este caso, la madre, que quiere recuperar lazos con el menor. Puede ser que el interés superior del menor importe que el niño quiera mantener lazos con su familia de origen, por lo que la adopción plena, en este caso, puede llegar a estar en contra del interés superior del niño.

Existen, señala, soluciones discutibles, como por ejemplo el derecho de visitas a la madre biológica, que puede provocar problemas psicológicos al niño. Estas son situaciones sin reglas absolutas, pero el niño tiene derecho a conocer sus orígenes biológicos, y, según los psicólogos, ello se debe producir mientras más pequeños estén los menores.

Concluye señalando que, en general, si la ley no dice que es adopción simple, ha de entenderse que corresponde la adopción plena.

Pero hay supuestos en que la adopción simple es el mejor camino, como por ejemplo, el caso de un niño huérfano de padre y madre que es adoptado por sus tíos; en ese caso la adopción simple es aquella que mejor responde con los fines de la adopción, pues no pierde los vínculos con su familia de origen. Por ello la autora señala que no es razonable que el legislador aboliera la adopción simple, aunque prime la adopción plena.

En Argentina, la adopción plena supone que los menores toman el apellido del adoptante, en cambio en la adopción simple se permite al juez, si es que el niño es conocido con el apellido de origen, mantenerlo y adherir el del adoptante. Si los niños son más grandes y ya van al colegio, el cambio de apellidos, el derecho a la identidad a través del nombre es problemático, por lo que si el menor se siente identificado, es incorrecto cambiarlo.

No es admitida la pluralidad de adoptantes, salvo el caso de cónyuges (artículo 312 CC). La diferencia mínima de edad entre adoptante y adoptado es de dieciocho años, salvo si se trata de adopción del cónyuge sobreviviente a favor del hijo adoptado del premuerto (art. 312 CC). Es permitida la readopción en caso de muerte del o de los adoptantes (art. 312 CC). Según Aída Kemelmajer de Carlucci, esta disposición “se justifica por el interés superior del niño. Si el adoptante ha muerto y este niño queda nuevamente sin protección, es en su interés superior que la ley permite una nueva adopción”³¹.

El adoptante debe acreditar residencia permanente en el país por un período mínimo de 5 años anteriores a la petición de guarda preadoptiva (artículo 315 CC).

³¹ Osses Moraga, C. (2005). Análisis jurisprudencial de la adopción a la luz de las leyes N°18703, N°19620 y sus principios rectores. Disponible en <http://www.repositorio.uchile.cl/handle/2250/107662>.

El adoptado por regla general debe ser un menor de edad no emancipado, pero se admite la adopción de un mayor de edad o emancipado, con consentimiento del adoptado, si se trata del hijo del cónyuge del adoptante o si existe estado de hijo del adoptado, debidamente comprobado por la autoridad judicial (art. 311 CC).

El proceso de adopción se compone de 2 etapas: la entrega del menor por el juez en una guarda preadoptiva y el juicio de adopción propiamente tal, el que deberá culminar con una sentencia que tiene efectos retroactivos a la fecha del otorgamiento de la guarda (art. 322 CC).

La adopción plena se confiere sólo respecto de menores de edad (art. 324 CC), mientras que la adopción del hijo del cónyuge será siempre simple (art. 313 CC)³².

La adopción plena inserta al adoptado como hijo biológico del adoptante y extingue el parentesco con los integrantes de la familia de origen, salvo en lo referente a impedimentos matrimoniales (art. 323 CC).

La adopción simple también confiere el estado de hijo, pero no los vínculos de parentesco entre el adoptado y la familia del adoptante (art. 329 CC). La adopción simple no rompe los vínculos con la familia biológica del adoptado, pero el adoptante goza de la patria potestad, salvo si se trata de adopción del hijo del cónyuge (art. 331 CC). El adoptante y el adoptado gozan de vocación sucesoria en sus respectivas herencias, pero se excluyen los bienes recibidos a

³² Artículo 313: "Se podrá adoptar a varios menores de uno y otro sexo simultánea o sucesivamente. Si se adoptase a varios menores, todas las adopciones serán del mismo tipo. La adopción del hijo del cónyuge será siempre de carácter simple".

título gratuito por el adoptado de su familia biológica. Ésta, a su vez, no hereda en los bienes que el adoptado hubiere recibido gratuitamente de su familia de adopción. El adoptante es llamado con preferencia a los padres biológicos del adoptado (art. 333 CC).

La adopción plena es irrevocable (art. 323 CC), mientras que la simple puede ser revocada por indignidad del adoptante o adoptado, por negación de alimentos, por petición justificada del adoptado mayor de edad y por acuerdo de las partes manifestado judicialmente, siendo el adoptado mayor (art. 335 CC).

La adopción plena puede ser declarada nula por incumplimiento de los requisitos, pudiendo ser ésta absoluta (art. 337 CC) o relativa (art. 337 CC)³³.

La ley regla las adopciones realizadas bajo el amparo de una ley extranjera, casos en los cuales se aplica la ley del domicilio del adoptado en tiempos de la adopción. No obstante, se previene que ella puede convertirse en adopción plena si se reúnen los requisitos establecidos por la ley argentina y se presta consentimiento por parte del adoptante y del adoptado. Si éste es menor de edad debe intervenir el Ministerio Público de Menores (arts. 339 y 340 CC).

3.3 Italia³⁴.

³³ Artículo 337: "Sin perjuicio de las nulidades que resulten de las disposiciones de este Código: 1. Adolecerá de nulidad absoluta la adopción obtenida en violación de los preceptos referentes a: a). La edad del adoptado. b). La diferencia de edad entre adoptante y adoptado. c). La adopción que hubiese tenido un hecho ilícito como antecedente necesario, incluido el abandono supuesto o aparente del menor proveniente de la comisión de un delito del cual hubiera sido víctima el mismo y/o sus padres. d). La adopción simultánea por más de una persona, salvo que los adoptantes sean cónyuges. e). La adopción de descendientes. f). La adopción de hermanos y de medio hermanos entre sí. 2. Adolecerá de nulidad relativa la adopción obtenida en violación de los preceptos referentes a: a). La edad mínima del adoptante. b). Vicios del consentimiento. "

³⁴ Osse Moraga, C. (2005). Análisis jurisprudencial de la adopción a la luz de las leyes N°18703, N°19620 y sus principios rectores. Disponible en <http://www.repositorio.uchile.cl/handle/2250/107662>.

Existen tres formas de adopción en el sistema italiano: la adopción de mayores de edad (regulada en los artículos 291 a 314 del Código Civil); la adopción de menores en general (regulada en los artículos 6 a 28 de la Nueva Ley N° 149 del 28 de Marzo de 2001³⁵); y la adopción de menores en ciertos casos particulares (artículos 44³⁶ a 57 de la Ley N° 184). La adopción internacional es regulada con detalle (artículos 29 a 43), tanto la adopción pasiva como activa.

La adopción de mayores de edad supone el consentimiento de adoptante o adoptantes y adoptado (artículo 296 CC), aunque se formaliza a través de un decreto judicial (art. 298 CC). El adoptante debe ser sólo una persona, a menos que se trate de cónyuges. Puede adoptarse a varias personas por actos sucesivos (art. 294 CC). El adoptante debe ser mayor de treinta y cinco años, salvo autorización judicial. En todo caso, debe tener una diferencia mínima de 18 años con el adoptado (artículo 291 CC). Este tipo de adopción no extingue los vínculos del adoptado con su familia originaria, como tampoco confiere al adoptado, salvo excepciones, derechos sobre los parientes del adoptante (artículo 300 CC). Sólo el adoptado tiene derechos en la sucesión del adoptante, pero éste carece de vocación sucesoria respecto del adoptado (art. 304 CC). Puede ser revocada judicialmente tanto por indignidad del adoptado (art. 306 CC) como por indignidad del adoptante (artículo 307 CC).

La adopción de menores de edad presenta dos figuras: el affidamento preadottivo, donde los encargados de la custodia pueden ser, preferentemente, una familia con hijos menores o una persona soltera. A falta de una de ellas, el menor puede insertarse en una “comunidad de tipo familiar” o, en su defecto y siempre que tenga más de seis años, en un instituto de asistencia público o

³⁵ Modificación a la Ley anterior N°184 del 04 de Mayo de 1983.

³⁶ Artículos N° 44 al 49 modificados por la Ley N°149 del 28 de Marzo de 2011.

privado del lugar en que reside habitualmente el núcleo familiar de origen (art. 2 Ley N° 149). Este affidamento se realiza por medio de una resolución del servicio local, previo consentimiento de los progenitores o de aquel que tiene la potestad, o bien, del tutor. También se escucha al menor. El juez tutelar debe ratificar esta disposición mediante decreto. Si falta el consentimiento de los progenitores o del tutor, debe resolver el juez de menores (art. 4 Ley N° 184). La persona a la que se le ha confiado un menor debe acogerlo y proveer a su mantenimiento y educación, teniendo en cuenta las indicaciones de los padres que no han perdido la potestad paterna o del tutor (art. 5 Ley N° 184).

El affidamento preadottivo, por su parte, se produce cuando los cónyuges que intentan adoptar lo solicitan al tribunal. El juez elige entre las parejas que han manifestado su intención de adoptar, aquella que está más preparada para satisfacer las necesidades del menor (art. 22 Ley N° 184). Así, este affidamento forma parte del proceso de adopción.

La adopción de menores sólo se permite a los matrimonios con más de tres años de vida en común y siempre que no estén separados legalmente o de hecho ni lo hayan estado dentro de los tres años anteriores (art. 6 Ley N° 184). La edad de los adoptantes debe superar como mínimo dieciocho años, y no más de cuarenta y cinco años, la edad del adoptado. El adoptado debe ser un menor de edad que haya sido previamente declarado “en estado de adoptabilidad” (stato di adottabilità), que se otorga cuando esté en situación de abandono, privado de asistencia moral y material de parte de los padres o parientes (art. 8 Ley N° 184). El mayor de catorce años debe consentir en la adopción, el mayor de doce años debe ser oído y el menor a esa edad debe ser oído en consideración de su capacidad de discernimiento (art. 7 Ley N° 184). Por la adopción, el adoptado

adquiere el estado de hijo legítimo de los adoptantes, y cesan las relaciones con la familia de origen, salvo los impedimentos matrimoniales (art. 27 Ley N° 184).

Por último, encontramos la adopción de menores en casos particulares, eliminándose en ellos la figura del affidamento preadoptivo. Los supuestos de este tipo de adopción son: 1° Adopción por personas unidas al menor, huérfano de padre y madre, por vínculos de parentesco o por una relación estable y duradera preexistente a la pérdida de los padres; 2° Adopción del cónyuge a favor del menor que es hijo adoptivo del otro cónyuge; 3° Adopción de menores discapacitados; 4° Adopción de un menor respecto del cual no ha sido posible constituir el affidamento preadoptivo. En los casos 1, 3 y 4 se permite que el adoptante sea persona soltera, exigiéndose sin embargo, que tenga una diferencia mínima de edad de dieciocho años con el adoptado (art. 44 Ley N° 184). Este tipo de adopción no extingue los vínculos biológicos anteriores, sino que otorga el estado de adoptado y concede a los adoptantes los derechos de la patria potestad, excluido el usufructo legal de los bienes del hijo (arts. 48 y 55 Ley N° 184). La adopción es revocable por sentencia judicial a petición del adoptante o del adoptado (art. 51 Ley N° 184).

Citamos como ejemplo: “5° Congreso Argentino de Pediatría General Ambulatoria Jornada de Enfermería Pediátrica”

Cuando una persona o bien un conjunto de ellas decide tener un hijo el deseo supremo sólo imagina lo mejor aunque las fantasías de lo otro están despiertas en el inconsciente. Pero cuando el sendero para que la familia se agrande es el de la adopción esas fantasías están a la par de los deseos en la imagen del hijo ideal. No obstante la resignación aporta una cuota variable que se ajusta al hecho concreto ya que es más lo que se recibe de lo que estoicamente se

entrega. Cuando se adopta la posibilidad del fracaso está dormida mas no ausente. Cuando ello acontece se esgrimen y tejen estrategias para el rescate.

Nunca, los genitores ni los adoptantes ni el niño ni las autoridades ni las diversas instituciones intervinientes en el proceso adoptivo imaginan la disrupción con la devolución del hijo adoptado.

Pero sucede. En nuestro país no existen estadísticas del fracaso en la adopción de niños pero los hay. En el mundo esto sucede seguramente hace más de cuatro décadas aunque los primeros informes están fechados en los años ´70 con baja casuística y desde entonces son muchos los trabajos que se han presentado, las autocríticas de los organismos intervinientes y los planteos para evitar los mismos.

El fracaso adoptivo se define como la interrupción de la relación real entre los padres y el hijo adoptivo y la imposibilidad de mantener, en el tiempo, una relación entre ellos.

Para la familia, según el trabajo de la Lic. Ana Berástegui-Pedro-Viejo, el fracaso adoptivo significa no haber sido capaz de acoger y de instaurar con un niño una relación afectiva y no haber conseguido atravesar con él las fases evolutivas hasta alcanzar su propia autonomía en la edad adulta.

La decisión de adoptar un niño dejó de ser una tarea sencilla. Varios elementos confluyeron para que corriera ese destino. La nueva ley de adopción. El derecho que tienen los hijos adoptivos de conocer sus orígenes cuando alcancen la mayoría de edad, la enorme tramitación por cuyo derrotero deben transitar quienes así lo desean, las trabas burocráticas de las instituciones intervinientes en el proceso de adopción, la escasez de transparencia en muchos de esos trámites, la ausencia inexplicable de niños menores de dos años en espera de una familia que los ampare, la desilusión y el tráfico “amparado” de personas y los fracasos en cada uno de los pasos que necesariamente deben andarse y que no

siempre se lo transita eficientemente y la caricatura de un triunfo por el que el individualismo de los participantes a veces conduce al fracaso de la adopción.

Nos estamos nutriendo permanentemente de las publicaciones internacionales referidas a este último punto, el del fracaso en la filiación adoptiva, no sólo de las adopciones internacionales que cada vez son menores sino también en las nacionales.

Habiéndose publicado una grilla que podría reducir el índice de fallas en la adopción no se evidencia la disminución en diferentes países aunque tampoco mencionan en sus trabajos la lectura del por demás interesante trabajo canadiense.

Pude comprobar, en el seguimiento de algunas familias adoptivas, elementos que me dieron ciertas pautas de alarma respecto a la manera en que se llevaba adelante el proceso de filiación y no siempre las sugerencias realizadas de interconsultas para asesoramiento y soporte terapéutico de la familia fueron tomadas de forma amable.

Resultado de ello se repitió lo que hace muchos años ya veníamos observando. Cambian de cobertura médica, de domicilio, de médico de cabecera, de colegio, etc.

Mientras las sombras de la no transparencia rondan el cimiento de la filiación estará resentida ya que no se trata de jugar un rol, como en una pieza de teatro, sino de ser padres, papá y/o mamá³⁷.

³⁷³⁷ 5º Congreso Argentino de Pediatría General Ambulatoria Jornada de Enfermería Pediátrica 17, 18, 19 y 29 de Noviembre de 2010

Sede: Sheraton Buenos Aires Hotel & Convention Center – San Martín 1225 - Ciudad de Buenos Aires

DIRECCIÓN DE CONGRESOS Y EVENTOS | SOCIEDAD ARGENTINA DE PEDIATRÍA | © 2010

Mesa Redonda: ADOPCIONES: DEVOLUCIÓN DE NIÑOS ADOPTADOS

Tema: Desde lo médico

Autor: Dr. José Muchenik

Fecha: viernes 19 de noviembre

11. Conclusiones.

De acuerdo a los antecedentes revisados durante el presente trabajo de investigación, nos resultó evidente que la normativa vigente en materia de adopción presenta una importante omisión, en cuanto a que deja al arbitrio de los solicitantes el momento en que se efectúe la nueva inscripción de nacimiento que se ordena en la sentencia definitiva del juicio de adopción y que es fundamental para que el adoptado adquiera el estado civil de hijo de los adoptantes. A nuestro parecer dicha inscripción necesariamente debería constituir una actuación de oficio de parte del Tribunal, en virtud del imperativo legal dispuesto en el artículo 13 de la Ley 19.968. Lo anterior es una grave falencia de la Ley que debe ser subsanado si es que se quiere dar estricto cumplimiento a uno de los mayores principios que emana de la Convención de los Derechos del Niño, y que impregna la legislación sobre familia, que en su artículo 3, numeral 1, prescribe: “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”, y que se ha integrado a través del artículo 16 de la Ley 19.968, que crea los Tribunales de Familia, puesto que junto con ser un principio, constituye prácticamente además una regla de interpretación “pro-niño”, donde el juez que conoce debe procurar ante todo que lo que resuelva se ajuste a dicho principio. En el mismo orden de ideas, que los solicitantes tengan la facultad de efectuar la inscripción cuando lo estimen oportuno pareciera asegurar más la satisfacción de los propósitos que persiguen los adultos involucrados en el proceso, que del niño, niña o adolescente mismos.

Por otro lado y aunque la situación que es objeto del presente trabajo en apariencia no es generalizada de acuerdo a los antecedentes recabados, concluimos que es una realidad que pasa en su mayor parte desapercibida,

debido al imperativo legal de reserva de los antecedentes sobre materia de adopción, por lo que es difícil que se difunda información de primera fuente; sin perjuicio de las notas periodísticas que se encuentran disponibles en Internet, las que posiblemente presenten una realidad un tanto distorsionada jurídicamente de los motivos de la retractación de los postulantes a convertirse en padres adoptivos, pero que no cabe duda que constituyen fuente material de un fenómeno que exige una protección mayor a la que existente en nuestro país a nivel legislativo en estos momentos, en términos concretos y no meramente programática.

En cuanto a las propuestas que permitan abordar la retractación de los padres adoptantes, desde el punto de vista administrativo, creemos que el fortalecimiento del Programa de Adopción, que queda a cargo de SENAME y las instituciones acreditadas, constituye un elemento fundamental para abordar el fenómeno, especialmente en cuanto a la selección y preparación más acuciosa de los futuros solicitantes a adopción, puesto que dicho proceso, que debe contar con profesionales de primera línea, es la primera etapa de varias que podría definir y asegurar en cierto modo el término exitoso de un procedimiento judicial y administrativo, que puede resultar largo y tedioso a veces, y cuyo desenlace final es la adopción de un niño en forma definitiva y de ese modo cumplir el imperativo que es proporcionar al niño un familia que le permita satisfacer todas sus necesidades materiales y espirituales. Para lo anterior, sin duda que es necesario contar con recurso humano que sea bien remunerado a fin de evitar la rotación de profesionales, que cuente con preparación y habilidades especiales y suficientes para el manejo de la conflictiva que implica la adopción de un niño, niña o adolescente en Chile, especialmente para enfrentar la frustración que significa para algunos solicitantes los plazos judiciales y la dilación que caracteriza normalmente un procedimiento de adopción en nuestro país.

En cuanto al ámbito legal, resulta importante tener en mente que proteger a los niños que no cuenten con una familia bien constituida es el fin que constituye el fundamento y sustenta el Interés Superior y que, en nuestra opinión, debe orientar e informar todo el proceso de adopción, de modo que es necesario que el legislador tome conciencia de los valores que hay en juego en relación a la facultad casi liberal de la carga procesal que significa proceder a la inscripción de la sentencia de adopción del adoptado. En tal sentido, permitir que un aspecto tan fundamental de la Ley 19.620 quede al arbitrio de terceros, más o menos idóneos, para asumir el cuidado y la crianza de un niño que no se caracteriza por haber tenido una vida plena y satisfactoria, significa que todo el trabajo del órganos públicos y los recursos invertidos, pueden ser desechados por mera conveniencia. En tal sentido, es imperativo que la ley sea reformada en tal sentido que la inscripción que ordena el artículo 26, numeral 2, de la Ley 19.620, sea un trámite expresamente a cargo del Tribunal para asegurar que se cumpla el imperativo legal, evitando que lo deje al libre albedrío de las partes.

Si bien, la finalidad de un procedimiento de adopción es dar hijos a quienes no los tienen, la ley debe hacerse cargo de la realidad y dar un mayor rol al órgano jurisdiccional en el sentido propuesto, puesto que el interés de los futuros padres no puede ir por sobre aquél del niño, niña o adolescente, razón por la que concluimos, que es necesario efectuar modificaciones relevantes en la regulación vigente en la materia de Adopción en los términos expuestos.

Respecto a la legislación internacional podemos concluir, respecto a este breve análisis, notamos duramente que tampoco se regula el retracto de los niños adoptados, sólo la legislación contempla casos de nulidad o que por causas taxativamente contempladas en cada legislación antes citada se pueda revocar la adopción.

Es más el retracto por ejemplo en materia de adopciones internacionales trasgrediría el principio “Respeto del principio de no devolución” contemplado en la Convención sobre los derechos del Niño (ONU).

Sin embargo creemos que a modo ejemplar la legislación Italiana en la materia regula muchos aspectos, por lo cual creemos que es la más completa.

Creemos que nuestra legislación al conocer el derecho comparado antes citado, se encuentra muy por debajo, si bien es cierto se han contemplado modificaciones, no son suficientes para poder afrontar situaciones de hecho como el retracto, ni tampoco existe una figura residual, por la cual poder regular esta situación.

Esperamos que nuestros legisladores en un futuro cercano, regulen dichas situaciones, ya que se causa un gran perjuicio a nuestros niños, los cuales son el futuro de nuestra sociedad.