

LA ADOPCION POR PERSONAS NO RESIDENTES Y LAS CONVENCIONES INTERNACIONALES APLICABLES. REQUISITOS, PROCEDIMIENTOS Y GARANTIAS

Hernán Salinas Burgos

Profesor Derecho Internacional Público
Universidad de los Andes y Universidad de Chile

RESUMEN

El fenómeno de la infancia abandonada se encuentra muy extendido, particularmente en América Latina, verificándose en los últimos años un aumento creciente de las adopciones internacionales que envuelven la migración de niños a lugares geográficos distantes y su inserción en contextos culturales diversos. De allí la necesidad observada para establecer reglas y controles multilaterales. En el trabajo se explican y relacionan los principales instrumentos internacionales que intentan ofrecer un marco regulatorio común para este tipo de adopciones. Se estudia la Convención de Derechos del Niño, la Convención sobre Cooperación en materia de Adopción Internacional y la Convención Interamericana. Las dos primeras han sido ratificadas por Chile, mientras la tercera se encuentra en fase de aprobación en el Congreso Nacional. El estudio de este marco regulatorio adquiere especial relevancia después de que la Ley N° 19.620 estableciera que la adopción de un menor por personas no residentes en Chile se sujeta a las Convenciones y Convenios Internacionales que hayan sido ratificadas por Chile. Se advierte, así, la importancia de la vinculación de Chile a la normativa internacional y la congruencia entre la regulación interna que hace la Ley N° 19.6209 y los principios de la regulación internacional.

I. INTRODUCCION

El Derecho Internacional ha reconocido que la adopción internacional puede presentar la ventaja de dar una familia permanente a un niño que no puede encontrar una familia adecuada en su Estado de origen y la necesidad de la adopción de medidas que garanticen que las adopciones internacionales tengan lugar en consideración al interés superior del niño y al respeto de sus derechos fundamentales, así como prevenir la sustracción, la venta o el tráfico de niños¹.

De conformidad a los principios expuestos, el párrafo tercero del Título III de la Ley 19.620 sobre Adopción, establece la posibilidad de la constitución de la adopción por personas no residentes en Chile.

La adopción de un menor por personas no residentes en Chile se constituirá de acuerdo al mismo procedimiento establecido para las adopciones por personas que residan en el país, y se sujeta, cuando corresponda, a las Convenciones y Convenios Internacionales que las regulen y que hayan sido ratificados por Chile (art. 29).

¹ Véase Preámbulo Convenio relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional, suscrito en La Haya, el 29 de mayo de 1993.

Este tipo de adopción procede como regla general solo en subsidio, cuando no existan matrimonios residentes en Chile que opten por adoptarlo (art. 30) y solo se aplica a matrimonios, excluyéndose a solteros y viudos (art. 31).

A diferencia del procedimiento para la adopción por residentes en Chile (art. 23), el personero competente para la adopción por personas no residentes en Chile es el Juez de Letras de Menores correspondiente al domicilio del menor o de la persona o entidad a cuyo cuidado se encuentre (art. 34).

Solo podrá otorgarse la adopción a los cónyuges no residentes en Chile, sean nacionales o extranjeros, siempre que se cumpla con los requisitos generales estipulados para la adopción por personas residentes en Chile, salvo las excepciones de rebaja de límites de edad o diferencia de años, y la exención de mínimo de años de duración de matrimonio en caso de infertilidad de uno o ambos cónyuges (art. 31).

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

- 1) Certificado de nacimiento de los solicitantes;
- 2) Certificado de matrimonio de los solicitantes;
Los solicitantes deberán comparecer personalmente ante el Juez cuando lo estime necesario, lo que dispondrá a lo menos en una oportunidad durante el curso del proceso.
- 3) Copia íntegra de la inscripción de nacimiento de la persona que se pretende adoptar;
- 4) Copia autorizada de la resolución judicial que declara que el menor puede ser adoptado;
- 5) Certificado expedido por el cónsul chileno de profesión u honorario, si lo hubiere, en que conste que los solicitantes cumplen con los requisitos para adoptar según la ley de su país de residencia o, en su defecto, otro instrumento idóneo que permita al tribunal formarse esa convicción.
- 6) Certificado de la autoridad migratoria del país de residencia de los solicitantes en que consten los requisitos que el menor adoptado debe cumplir para ingresar en el mismo;
- 7) Certificado autorizado por el organismo gubernamental competente del país de residencia de los solicitantes, si lo hubiere, o en caso contrario, otro instrumento idóneo para formar la convicción del tribunal, en que conste la legislación vigente en aquel país en relación con la adopción así como acerca de la adquisición y pérdida de la nacionalidad del futuro adoptado;
- 8) Informe social favorable;
- 9) Certificados que comprueben, a satisfacción del tribunal, la salud física, mental y psicológica de los solicitantes;
- 10) Antecedentes que acrediten la capacidad económica de los solicitantes;
- 11) Fotografías recientes de los solicitantes; y
- 12) Tres cartas de honorabilidad de los solicitantes (art. 32).

Si la solicitud no es patrocinada por el Servicio Nacional de Menores o un organismo acreditado, en la misma resolución en que la acoja a tramitación el tribunal ordenará ponerla en conocimiento de ese Servicio (art. 33).

En el caso de que el Juez haya confiado el cuidado personal del menor a quienes hayan manifestado al Tribunal su voluntad de adoptarlo, el Juez podrá autorizar que el menor que se pretende adoptar por personas no residentes en Chile quede al cuidado de uno de los solicitantes, pero no podrá salir del territorio nacional sin autorización del Tribunal (art. 35).

Ahora bien, de conformidad a lo expuesto, ¿qué Tratados internacionales son aplicables en materia de adopción internacional?

En la materia, deberemos referirnos a los principios estipulados en la materia, en la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, vigente en Chile; la Convención sobre Protección del Niño y Cooperación en materia de Adopción Internacional, adoptada con fecha 29 de mayo de 1993, por la Decimoséptima Sesión de la Conferencia de La Haya de Derecho

Internacional Privado, también vigente en Chile; y la Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en materia de Adopción de Menores, suscrita en La Paz, Bolivia, el 24 de mayo de 1984, en la Tercera Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado, suscrita por Chile y sometida actualmente previo a su ratificación a la aprobación del Congreso Nacional, de conformidad con el artículo 50 N° 1, de la Constitución Política de la República.

II. PRINCIPIOS EN MATERIA DE ADOPCION INTERNACIONAL DE MENORES ESTABLECIDOS EN LA CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO DE 1989

El artículo 21 de la Convención sobre los Derechos del Niño, de 1989, establece los principios fundamentales que deben regir la adopción en general, y la adopción internacional, en particular.

Es así como esta disposición convencional señala que los “Estados Partes que reconocen o permiten el sistema de adopción cuidarán de que el interés superior del niño sea la consideración primordial y:

- a) Velarán porque la adopción del niño solo sea autorizada por las autoridades competentes, las que determinarán, con arreglo a las leyes y a los procedimientos aplicables y sobre la base de toda la información pertinente y fidedigna, que la adopción es admisible en vista de la situación jurídica del niño en relación con sus padres, parientes y representantes legales y que, cuando así se requiera, las personas interesadas hayan dado con conocimiento de causa su consentimiento a la adopción sobre la base del asesoramiento que pueda ser necesario;
- b) Reconocerán que la adopción en otro país puede ser considerada como otro medio de cuidar del niño, en el caso de que este no pueda ser colocado en un hogar de guarda o entregado a una familia adoptiva o no pueda ser atendido de manera adecuada en el país de origen;
- c) Velarán porque el niño que haya de ser adoptado en otro país goce de salvaguardias y normas equivalentes a las existentes respecto de la adopción en el país de origen;
- d) Adoptarán todas las medidas apropiadas para garantizar que, en el caso de adopción en otro país, la colocación no dé lugar a beneficios financieros indebidos para quienes participen en ella;
- e) Promoverán, cuando corresponda, los objetivos antes reseñados mediante la concertación de arreglos o acuerdos bilaterales o multilaterales y se esforzarán, dentro de este marco, para garantizar que la colocación del niño en otro país se efectúe por medio de las autoridades u organismos competentes”.

Dentro del marco de este instrumento internacional, nos referiremos a la Convención sobre Protección del Niño y Cooperación en materia de Adopción Internacional.

III. LA CONVENCION SOBRE PROTECCION DEL NIÑO Y COOPERACION EN MATERIA DE ADOPCION INTERNACIONAL

a) *Principios y Objetivos*

En el Preámbulo de la Convención se establecen un conjunto de principios y consideraciones que de acuerdo al Derecho Internacional General, revisten importancia como guía para el intérprete que aplique el Convenio a casos concretos.

Entre ellos, se reconoce el derecho del niño a una familia en la que se forme y desarrolle su personalidad.

Asimismo, se pone énfasis en la importancia que debe otorgársele a la familia biológica del niño dejando de manifiesto la naturaleza subsidiaria de la adopción.

Por otra parte, se hace resaltar el hecho de que la adopción internacional permite darle una familia estable a un niño a quien no ha sido posible encontrarle una familia apropiada en el país de origen. Ello confirma un principio fundamental expresado en la "Declaración" hecha por la Santa Sede a la Conferencia de La Haya, a saber, que "los niños no son individuos aislados, sino que nacen y pertenecen a un determinado entorno. Solo si ese entorno nativo no puede, de una u otra forma, proveer un mínimo de cuidados y educación, debería contemplarse la adopción. La posibilidad de proporcionar un mejor futuro desde el punto de vista material no es, en sí misma, razón suficiente para recurrir a la adopción"².

Asimismo, se reafirma un principio estipulado en la Convención sobre los Derechos del Niño, en el sentido que en la materia se exige a los Estados partes, el "cuidar de que el interés superior del niño sea la consideración primordial". Esto nos indica que deben considerarse también los intereses de otras personas como, por ejemplo, los de los padres biológicos o de los futuros padres adoptivos, lográndose un equilibrio entre los intereses de todas las personas afectadas.

Además, se exige a los Estados Partes tomar todas las medidas de carácter nacional, bilateral y multilateral que sean necesarias para impedir el secuestro, la venta o la trata de niños para cualquier fin o en cualquier forma.

Sin embargo, debe tenerse presente que el Convenio no previene, de manera directa, sino tan solo de forma indirecta como se desprende de los objetivos del Tratado, "la sustracción, la venta o el tráfico de niños". En efecto, el Convenio no regula los aspectos penales ni de los abusos sufridos por los niños ni otras actividades ilícitas o irregulares que pueden ser muy variadas como el ocultamiento del estado civil o el recurso a las madres de alquiler.

Al respecto, el Secretario General de la Organización Internacional de la Policía Criminal (Interpol), al apoyar la suscripción del Convenio, manifestó: "El establecimiento de procedimientos internacionales estrictos de carácter civil y administrativo dificultará que las personas utilicen los cauces de la adopción internacional para desplazar a niños de un país a otro".

Los objetivos del Convenio se limitan: 1) al establecimiento de garantías para que las adopciones internacionales tengan lugar en consideración al interés superior del niño y el respeto de sus derechos fundamentales, reconocidos por el Derecho Internacional; 2) la instauración de un sistema de cooperación entre los Estados, lo que demuestra que el Convenio no pretende resolver todos los problemas que suscita la adopción internacional, en particular, no pretende determinar la ley aplicable a la constitución de la adopción o sus efectos. Sin embargo, estas cuestiones de competencia se abordan, de manera indirecta al distribuir responsabilidades entre el Estado de origen y el Estado de recepción; 3) asegurar el reconocimiento de las adopciones realizadas de acuerdo con el Convenio en los Estados contratantes (art. 1).

b) *Ámbito de Aplicación*

Para determinar el ámbito de aplicación de la Convención, no se toma en consideración la nacionalidad de las partes, sino que se refiere a los países donde el niño y los futuros padres adoptivos residen. En el primer caso, el país donde reside el niño, se denomina "Estado de Origen" y, en el segundo, donde residen los futuros padres adoptivos "Estado de Acogida".

Cuando se negoció el convenio, no hubo acuerdo en torno a la idea de que el interés del niño está mejor protegido cuando la adopción no puede constituirse más que en el Estado de origen, puesto que un número importante de países, en particular, asiáticos, aceptan que la adopción tenga lugar en el Estado de recepción. Por esta razón, el Convenio se aplica cualquiera que sea el lugar en el que se constituya la adopción, tanto si se trata del Estado de origen como si se trata del Estado de recepción (art. 2.1).

² Informe explicativo de la Convención de 29 de mayo relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional de G. Parra-Aranguren editado por la oficina Permanente de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, La Haya, Países Bajos, p. 16.

De esta manera, el Convenio no regula un supuesto especial al que se refiere la Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en materia de Adopción de Menores, suscrita en La Paz, en 1984, que dispone en su artículo 20: "Cualquier Estado Parte podrá, en todo momento, declarar que esta Convención se aplica a las adopciones de menores con residencia habitual en él por personas que también tengan residencia habitual en el mismo Estado parte, cuando, de las circunstancias del caso concreto, a juicio de la autoridad interviniente, resulte que el adoptante se proponga constituir domicilio en otro Estado Parte después de constituida la adopción".

Asimismo, se requiere para la aplicación de la Convención, que el niño y los futuros padres adoptivos sean residentes habituales en diferentes Estados contratantes. Sin embargo, la Convención no contiene una norma que determine cuándo el niño o los futuros padres adoptivos deben ser considerados residentes habituales en un Estado contratante. No obstante, esta cuestión no se suscitará a menudo debido al carácter fáctico de la residencia habitual y, si se suscitara, la cuestión no creará grandes dificultades prácticas, ya que es preciso el acuerdo de ambos Estados para la continuación de la adopción.

Por otra parte, la Convención cubre toda clase de adopciones que crean una relación permanente entre padres e hijo, sin considerar, si la relación legal preexistente entre el niño y su madre o padre ha terminado completamente (adopción plena) o solo parcialmente (adopción simple) (art. 2.2.).

En relación a cuáles son los niños a los que se aplica el Convenio, en la negociación algunos participantes sostuvieron que no debía haber una disposición específica sobre esta cuestión y que, como hace el Convenio interamericano, la decisión debería corresponder al Estado de origen, lo que permitiría a cada Estado contratante definir lo que entiende por "minoridad"⁴, pero se llegó al consenso general de fijar un límite de edad máximo para la aplicación del Convenio a fin de evitar ambigüedades e interpretaciones divergentes en torno a una cuestión de tal importancia. Como se había decidido seguir en la medida de lo posible los principios enunciados en la Convención sobre los Derechos del Niño se aceptó finalmente que la edad de 18 años determina cuando una persona cesa de ser menor (art. 3).

Esta materia debe ser separada claramente del reconocimiento de la adopción. En efecto, una vez que el acuerdo de adopción ha sido obtenido antes que el niño cumpla 18 años, el reconocimiento es automático cuando las normas de la Convención han sido cumplidas y no debe ser impugnado porque el niño alcance la edad de 18 años o si la adopción es concedida después de que haya alcanzado tal edad.

c. *Requisitos para las Adopciones Internacionales*

La Convención está estructurada como un instrumento de cooperación y, con tal fin, establece una distribución de responsabilidades entre los Estados más comprometidos con la adopción internacional, el Estado de Origen y el Estado de Acogida.

La Convención determina los deberes del Estado de Origen, en relación con los requisitos substantivos que deben ser verificados por sus autoridades competentes, antes que cualquier adopción bajo los términos de la Convención, haya sido concedida, tales como:

- a) la posibilidad de adopción del niño determinada de acuerdo tanto a los criterios de la ley aplicable como a factores psicosociales y culturales;
- b) respecto del principio de subsidiariedad. La razón para confiar esta responsabilidad al Estado de origen radica en que usualmente este estará en mejor posición para determinar si no existe una "solución nacional" o "interna" para el niño del que se trata en un caso concreto.

³ PARRA-ARANGUREN G., *ibid.*, p. 18.

⁴ Su artículo 3 establece: "La ley de la residencia habitual del menor regirá la capacidad, consentimiento y demás requisitos para ser adoptado, así como cuáles son los procedimientos y formalidades extrínsecas necesarias para la constitución del vínculo".

Aunque se aceptó de manera expresa el principio de subsidiariedad, hubo consenso en torno a que el interés superior del niño puede en determinadas circunstancias recomendar que, aunque exista una familia en el Estado del niño, el niño sea colocado en vistas de una adopción internacional, por ejemplo, en el supuesto de que se trate de una adopción entre parientes o cuando el niño padezca alguna disminución que requiera cuidados especiales que no puedan ser dispensados en el Estado de origen.

- c) los necesarios consentimientos de otras personas, que no sean el niño, determinados de acuerdo a la ley aplicable, otorgados libremente, dados o constatados por escrito y que no se han obtenido mediante pago o compensación alguna.
Por otra parte, cabe hacer presente que fue entregada a la legislación aplicable de acuerdo con las reglas de conflicto del Estado de origen, la determinación de la duración del período posterior al nacimiento del niño, dentro del cual se puede revocar el consentimiento de la madre otorgado con anterioridad al parto.
- d) los deseos, opiniones o consentimiento del niño, teniendo en cuenta su edad y grado de madurez. Al respecto, el Convenio no determina cuál debe ser la edad del niño para que sea oído y sus deseos, opiniones y consentimientos sean tenidos en cuenta, sino que deja dicha decisión a las autoridades competentes del Estado de origen (art. 4).

Estas condiciones representan los mínimos resguardos que no pueden ser omitidos, a fin de garantizar que las adopciones internacionales tengan lugar en consideración al interés superior del niño y al respeto a sus derechos fundamentales, entendiéndose que para el otorgamiento de una adopción, pueden ser exigidos requisitos adicionales, por el Estado contratante donde aquella tenga lugar.

Por otra parte, antes que sea concedida una adopción, bajo los términos de la Convención, las autoridades competentes del Estado de Acogida deberán verificar lo siguiente:

- a) que los futuros padres adoptivos hayan sido convenientemente asesorados. Para facilitar el cumplimiento de dicha condición, la Convención prescribe que las autoridades centrales de los Estados contratantes tomen, directamente o a través de autoridades públicas u otros organismos acreditados en sus Estados, las medidas adecuadas, en particular, para promover en sus respectivos Estados el desarrollo de servicios de asesoramiento en materia de adopción y para el seguimiento de las adopciones;
- c) que el niño ha sido o será autorizado a entrar y residir permanentemente en su territorio. En efecto, no tiene sentido que se constituya la adopción si no se permite al niño entrar y residir permanentemente en el Estado de recepción, donde los futuros padres tienen su residencia habitual (art. 5).

d. *Procedimiento y Control de la Adopción Internacional*

Debido a las grandes diferencias existentes entre las legislaciones respecto a los métodos para estructurar y controlar las adopciones internacionales, se admitió desde los inicios de las negociaciones que sería muy difícil coordinar su utilización bajo el Convenio, a menos que este estableciera un sistema de autoridades centrales como el previsto en el Convenio de La Haya sobre sustracción internacional de menores de 1980 del cual Chile es parte, en el que se establecen ciertos poderes y obligaciones específicos de dichas Autoridades centrales.

De esta manera, se decidió imponer a los Estados contratantes el deber de designar, que no de crear, una Autoridad Central (art. 6), aunque se admitió que determinadas funciones no pueden ser realizadas en todos los Estados partes por las propias Autoridades centrales, por ejemplo, la constitución de la adopción, que habitualmente requiere la intervención de los tribunales. Esta designación deberá ser comunicada por cada Estado contratante a la Oficina Permanente de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado (art. 13).

Las diferencias que existen entre los Estados explica la solución dada al problema de si las obligaciones impuestas por el Convenio a cada Estado contratante pueden ser desarrolladas directamente por la Autoridad Central o si pueden ser ejercitadas también a través de otras autoridades competentes u organismos debidamente acreditados en el Estado. Es así, como el Convenio señala que determinadas funciones deben ser desarrolladas por las Autoridades centrales directamente y que otras puedan delegarse, algunas solamente a autoridades públicas y otras también a organismos debidamente acreditados. Pero en cualquier caso para el Derecho Internacional Público el Estado contratante seguirá siendo responsable de cualquier violación del Convenio.

De esta manera las Autoridades centrales no son necesariamente los únicos "ejecutores" del Convenio, y la cooperación puede realizarse a través de otras vías, en función de la legislación de cada Estado contratante. Este aspecto diferencia a este instrumento del Convenio de La Haya sobre sustracción de menores, en el que la Autoridad Central es la única responsable de la observancia de las obligaciones impuestas por el Convenio.

Entre las funciones que solo pueden ser desarrolladas por las Autoridades centrales se encuentra la de tomar todas las medidas adecuadas para proporcionar información de sus Estados en materia de adopción, como asimismo informaciones generales tales como estadísticas y formularios. Además, el Convenio impone a las Autoridades centrales la obligación de tomar todas las medidas adecuadas para informarse mutuamente sobre el funcionamiento del Tratado y, en la medida de lo posible, suprimir los obstáculos para su aplicación (art. 7), lo cual debe relacionarse con otra disposición del Convenio que impone a la Autoridad Central la responsabilidad de asegurar que se tomen las medidas adecuadas para evitar que no se respeten las disposiciones del Convenio o que exista un riesgo manifiesto de que no se respeten (art. 33).

Solo podrán ser delegadas a autoridades públicas el adoptar todas las medidas apropiadas para prevenir beneficios materiales indebidos en relación con una adopción y para impedir toda práctica contraria a los objetivos del Convenio (art. 8). Esta disposición debe ser interpretada en relación con otras disposiciones del Convenio que prohíben la obtención de cualquier beneficio impropio o cualquier otro beneficio proveniente de una actividad vinculada a una adopción internacional (art. 32) y que obligan a los Estados partes a prevenir cualquier violación o cualquier riesgo serio de violación del Convenio (art. 33).

Tanto a otras autoridades públicas como a organismos acreditados se podrán delegar, entre otras, funciones tales como el reunir, conservar e intercambiar información relativa del niño y de los futuros padres adoptivos; facilitar, seguir y activar el procedimiento de adopción y promover en sus respectivos Estados, el desarrollo de servicios de asesoramiento en la materia (art. 9).

En relación al procedimiento propiamente tal, debe consignarse que su objetivo básico es proteger los intereses fundamentales de todas las partes involucradas en adopciones internacionales, en particular el niño, los padres biológicos y los futuros padres adoptivos estableciéndose importantes salvaguardias para la protección de dichos intereses. Asimismo, se hizo un esfuerzo por simplificar los procedimientos existentes y maximizar las posibilidades de niños sin hogar para que se integren en hogares adecuados en otros Estados contratantes.

El procedimiento de adopción se inicia con una solicitud dirigida por los futuros padres adoptivos a la Autoridad Central del Estado de su residencia habitual, no pudiendo, por tanto, estos dirigirse directamente a la Autoridad Central o a cualquier otra autoridad pública u organismo acreditado del Estado de Origen (art. 14).

El Estado de Acogida deberá verificar si los padres adoptivos son calificados y aptos para adoptar. Por lo tanto, deberá establecer que cumplen no solo con todas las condiciones legales señaladas por la ley aplicable, como lo determine el Estado de Acogida, sino también con los necesarios requisitos sociopsicológicos para garantizar el éxito de la adopción.

Luego, la Autoridad Central deberá preparar un informe sobre los futuros padres adoptivos, conteniendo toda la información necesaria y, entre esta las características del niño respecto del cual ellos estarían calificados para cuidar, pero sin hacer referencia a un específico niño en particular (art. 15).

La enumeración efectuada por el Convenio no es limitativa y el informe puede incluir cualquier otra información considerada relevante. Al respecto, las observaciones hechas por la Santa Sede en las negociaciones del Tratado son importantes puesto que hacen hincapié en que la religión juega un papel muy importante en relación a la estabilidad del matrimonio y al sentimiento de responsabilidad necesario para criar un niño. La pérdida de los valores tradicionales ha minado las convicciones religiosas, que de manera más o menos consciente, sostenían antaño al matrimonio. Por estas razones, la actitud religiosa de los futuros padres adoptivos debería ser tenida en cuenta de manera expresa, junto a los antecedentes religiosos del niño. Si el interés del niño radica en formar parte de una familia estable y dedicada, es necesario que la seriedad de las actitudes religiosas, en el sentido amplio del término, se considere como una de las condiciones esenciales para que una adopción tenga éxito⁵.

Por otra parte, si la Autoridad Central del Estado de Origen considera que el niño es adoptable deberá preparar un informe acerca del niño. Asimismo, deberá asegurarse que se han obtenido los consentimientos previstos y deberá constatar si basándose especialmente en los informes relativos al niño y a los futuros padres adoptivos, la colocación prevista obedece al interés superior del niño (art. 16.1).

Por tanto, se exige tan solo que la Autoridad Central determine si la colocación prevista, no la adopción, responde al interés superior del niño. Esto se produce después de la atribución del niño a sus futuros padres adoptivos.

La Autoridad Central del Estado de Origen deberá transmitir a la Autoridad Central del Estado de Acogida su informe sobre el niño, la prueba de que se han obtenido los consentimientos y la motivación de la decisión relativa a la colocación (art. 16.2).

La Convención confirió gran importancia a la mantención de una clara distinción entre tres fases diferentes del proceso de adopción internacional:

- a) las condiciones para efectuar una adopción;
- b) las condiciones para la colocación del niño;
- c) las condiciones para el desplazamiento del niño, del Estado de Origen al Estado de Acogida.

En las negociaciones de la Convención se reconoció que en los casos en los que la colocación precede a la adopción (el caso más común) en el momento de la colocación solo se llega a un arreglo provisional, puesto que la decisión final únicamente se produce al final del procedimiento de adopción. Por esta razón, puede suscitarse un problema, que el Convenio no resuelve, cuando las autoridades administrativas consideran que no existe ningún obstáculo a la adopción y el tribunal juzga la cuestión de manera distinta.

De conformidad al artículo 17 de la Convención en el Estado de Origen solo se podrá confiar al niño a los futuros padres adoptivos (colocación) si:

- a) la Autoridad Central del Estado de Origen se ha asegurado de que los futuros padres adoptivos han manifestado su acuerdo.
- b) la Autoridad Central del Estado de Acogida ha aprobado tal decisión, si así lo requiere la ley de dicho Estado o la Autoridad Central del Estado de Origen.
- c) las Autoridades Centrales de ambos Estados están de acuerdo en que se siga el procedimiento de adopción, con lo cual se permite que se detenga una adopción si a ambos Estados les parece que existen obstáculos jurídicos de peso. Por esta razón, esta disposición regula implícitamente las condiciones de la adopción, puesto que si uno de ambos Estados considera que existe un impedimento, la Autoridad Central del Estado de Origen o del Estado de Acogida tendrá la facultad de negar su acuerdo a que se siga el procedimiento de adopción y el procedimiento se interrumpirá.

⁵ PARRA-ARANGUREN G., *op. cit.* nota 2, p. 70-71.

d) se ha constatado que los futuros padres adoptivos son adecuados y aptos para adoptar y que el niño ha sido o será autorizado a entrar y residir permanentemente en el Estado de Acogida.

Solo una vez cumplidas las referidas condiciones se podrá desplazar al niño al Estado de Acogida.

e. *Reconocimiento y efectos de la Adopción*

La Convención prevé el reconocimiento de pleno derecho en todos los Estados contratantes de la adopción constituida de acuerdo con el Tratado, ya sea en el Estado de Origen o en el Estado de Acogida. Por lo tanto, no es necesario un exequatur previo, para el reconocimiento de la adopción (art. 23.1).

De esta manera se impide que se revise el contenido de una adopción extranjera. Por este motivo tan solo se exige una certificación, otorgada por las autoridades competentes del Estado donde tuvo lugar la adopción.

La Convención no regula los requisitos formales de la certificación, aun cuando hubo consenso en la negociación acerca de la conveniencia de hacerla de acuerdo con un formulario tipo.

Solo podrá denegarse el reconocimiento de una adopción en un Estado contratante si dicha adopción es manifiestamente contraria a su orden público, teniendo en cuenta el interés superior del niño (art. 24). La noción de orden público ha de interpretarse de manera muy restrictiva, es decir, solo con referencia a los "principios fundamentales" del Estado que reconoce la adopción.

No se prevé la excepción denominada de la institución desconocida como causa de denegación del reconocimiento de una adopción realizada en un Estado contratante, una posibilidad rechazada de manera expresa en el Convenio interamericano de 1984⁶.

A su vez, a diferencia del Convenio interamericano de 1984, el Tratado en análisis no restringe su ámbito de aplicación a las adopciones que rompen el vínculo jurídico entre el niño y su familia de origen⁷.

De esta manera, el Convenio solo se limita a establecer determinados efectos mínimos de las adopciones efectuadas, independientemente de la ley aplicable en virtud de las normas de conflicto del Estado que reconoce la adopción. Estos son: que el reconocimiento de la adopción comporta el reconocimiento del vínculo de filiación entre el niño y sus padres adoptivos, la responsabilidad de los padres adoptivos respecto del hijo, y la ruptura del vínculo de filiación preexistente entre el niño y su madre y su padre, si la adopción produce este efecto en el Estado contratante en que ha tenido lugar (art. 26.1).

Asimismo, el niño gozará en el Estado de Acogida o de Recepción en el que se reconoce o se constituye la adopción (si no se formalizó la adopción en el Estado de Origen) y en cualquier otro Estado contratante en el que se reconozca la adopción, derechos equivalentes a los que resultarían de una adopción que produjera tal efecto en cada uno de los Estados contratantes (art. 26.2).

La finalidad perseguida en esta disposición es garantizar que el niño adoptado a través de una adopción internacional en conformidad al Convenio goce de un estatuto jurídico equivalente al de cualquier otro niño adoptado.

⁶ Su artículo 5 establece: "las adopciones que se ajusten a la presente Convención surtirán sus efectos de pleno derecho, en los Estados Partes, sin que pueda invocarse la excepción de la institución desconocida".

⁷ Su artículo 1 establece: "La presente Convención se aplicará a la adopción de menores bajo las formas de adopción plena, legitimación adoptiva y otras instituciones afines, que equiparen al adoptado a la condición de hijo cuya filiación esté legalmente establecida cuando el adoptante (o adoptantes) tenga su domicilio en un Estado Parte y el adoptado su residencia habitual en otro Estado Parte".

Por otra parte, el Convenio establece que si la adopción realizada en el Estado de Origen no tiene por efecto la ruptura del vínculo de filiación preexistente, en el Estado de Recepción que reconozca la adopción conforme al Convenio, dicha adopción podrá ser convertida en una adopción que produzca tal efecto si la ley del Estado de Recepción lo permite y se han otorgado los consentimientos correspondientes (art. 27).

f. *Relación con otros instrumentos internacionales*

En relación a los Estados que ya están vinculados por tratados en materia adopción, el Convenio prevé que este no derogará a dichos instrumentos internacionales aunque contengan reglas distintas, salvo que los Estados partes en dichos instrumentos hagan una declaración en contrario. Sin embargo, los demás Estados contratantes no están obligados a reconocer las adopciones constituidas en virtud de dichos acuerdos (art. 39.1).

Sin embargo, todo Estado contratante podrá concluir con uno o más Estados contratante acuerdos para favorecer la aplicación del Convenio en sus relaciones recíprocas, con la limitación que estos acuerdos no podrán derogar lo dispuesto en el artículo 17 de la Convención.

Esta última disposición implica una restricción importante de la regla del artículo 41 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, que reconoce, en principio, la libertad de los Estados para concluir tratados multilaterales o bilaterales derogando un convenio multilateral existente.

IV. PRINCIPIOS Y OBJETIVOS FUNDAMENTALES DE LA
CONVENCIÓN INTERAMERICANA SOBRE CONFLICTOS DE LEYES
EN MATERIA DE ADOPCIÓN DE MENORES DE 1984

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 50 N° 1 de la Constitución Política de la República, se encuentra sometido a la aprobación del Congreso Nacional, previo a su ratificación, en su segundo trámite constitucional, la Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en materia de Adopción de Menores, suscrita en La Paz, Bolivia, el 24 de mayo de 1984, en la Tercera Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP-III).

Este instrumento adoptó un sistema mixto de ley uniforme y conflictual.

Su objetivo es modernizar las normas de Derecho Internacional Privado sobre adopción de menores en el ámbito interamericano, aplicable a los casos en que el o los adoptantes y el adoptado tengan residencia habitual en Estados diferentes. Lo anterior, con el propósito de eliminar los frecuentes conflictos de leyes que se producen en este campo, especialmente en lo que dice relación con la ley aplicable, la jurisdicción competente y el reconocimiento en materia de adopción.

Su ámbito de aplicación se reduce a la adopción que produce una ruptura del vínculo jurídico entre el menor y su familia preexistente (art. 1).

La ley de la residencia habitual del menor regula la capacidad, consentimiento y demás requisitos para ser adoptado, incluyendo los procedimientos y formalidades necesarios para la constitución del vínculo (art. 3). A su turno, la ley del domicilio del adoptante regula lo referente a su capacidad, requisitos de edad y estado civil, consentimiento del cónyuge, si fuere el caso y los demás que se requieran para ser adoptante (art. 4).

En cuanto a la competencia, se advierte preferencia para otorgarla en favor de las autoridades del Estado de la residencia habitual del adoptado.

Por último, debe destacarse que las adopciones que se ajusten a la Convención surtirán sus efectos de pleno derecho.

V. CONCLUSIONES

El fenómeno de la infancia abandonada se encuentra muy extendido, en particular en América Latina, ubicándose entre sus causas, el debilitamiento de la organización familiar por razones socioeconómicas y la existencia de niños sin filiación conocida. Esta situación hace necesario facilitar y desarrollar la existencia de hogares sustitutos a través de la colocación familiar y la adopción.

En los últimos años se registra un aumento espectacular de las adopciones internacionales, hasta el punto de que la adopción internacional ha pasado a ser un fenómeno mundial caracterizado por la migración de niños a través de grandes distancias geográficas y de una sociedad y cultura a un entorno social y cultural muy distinto.

Ello ha llevado a la necesidad de abordar el fenómeno desde un punto de vista multilateral, a través de los cuales se establezcan normas jurídicas que deberían observarse en las adopciones internacionales; la creación de un sistema de supervisión para asegurar su cumplimiento y el establecimiento de vías de comunicación entre las autoridades de los países de origen de los niños y de los países en que van a vivir después de la adopción, todo ello con el objeto de asegurar los derechos fundamentales de los niños involucrados e impedir la sustracción, la venta y el tráfico de niños.

De ahí la importancia de la vinculación de Chile a la normativa internacional en la materia y la reciente aprobación en nuestro país de una nueva legislación en materia de adopción, que en los motivos de nuestro trabajo es concordante con los principios de la regulación internacional.