

OFICIO N°129-2019

INFORME PROYECTO DE LEY N° 20-2019

Antecedente: Boletín N° 9.119-18

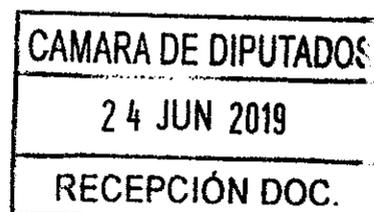
Santiago, 24 de junio de 2019

Por oficio N° 14.712, de fecha 08 de mayo de 2019, el Presidente de la H. Cámara de Diputados, diputado Iván Flores García, puso en conocimiento de la Excm. Corte Suprema el proyecto de ley, iniciado por moción, que “que promueve una reforma integral del sistema de adopción chileno”, de conformidad a lo dispuesto en los incisos segundo y tercero del artículo 77 de la Constitución Política de la República y el artículo 16 de la Ley N° 18.918, Orgánica Constitucional del Congreso Nacional, para que emita su parecer respecto de la propuesta.

La iniciativa legal, que se encuentra en segundo trámite constitucional ante el Senado, ingresó por moción a la Cámara de Diputados el día 08 de octubre de 2013, bajo el Boletín N° 9.119-18.

Impuesto el Tribunal Pleno del proyecto en sesión de 10 de junio en curso, presidida por el suscrito y con la asistencia de los Ministros señores Hugo Dolmestch Urrea, Carlos Künsemüller Loebenfelder y Guillermo Silva Gundelach, señoras Rosa María Maggi Ducommun y Rosa Egnem Saldías, señores Juan Eduardo Fuentes Belmar, Lamberto Cisternas Rocha y Ricardo Blanco Herrera, señoras Gloria Ana Chevesich Ruiz y Andrea Muñoz Sánchez, señores Manuel Valderrama Rebolledo, Jorge Dahm Oyarzún, Arturo Prado Puga, señora Ángela Vivanco Martínez y señor Mauricio Silva Cancino, acordó informarlo al tenor de la resolución que se transcribe a continuación:

AL PRESIDENTE DE LA H. CÁMARA DE DIPUTADOS
SEÑOR IVÁN FLORES GARCÍA
VALPARAÍSO



Santiago, veinte de junio de dos mil diecinueve.

Vistos y teniendo presente:

Primero. Que el Presidente de la Cámara de Diputados, señor Iván Flores García, por Oficio N° 14.712 de fecha 08 de mayo de 2019, puso en conocimiento de la Excm. Corte Suprema el proyecto de ley iniciado por Mensaje, sobre “Reforma integral al sistema de adopción en Chile”, aprobado en primer trámite constitucional, de conformidad a lo dispuesto en los incisos segundo y tercero del artículo 77 de la Constitución Política de la República y el artículo 16 de la Ley N° 18.918, Orgánica Constitucional del Congreso Nacional.

Actualmente la iniciativa se encuentra en segundo trámite constitucional ante el Senado, desde el 14 de mayo de 2019. Ingresó originalmente a la Cámara de Diputados el 8 de octubre de 2013, bajo el Boletín N° 9119-18.

Segundo. En atención a que la consulta del Congreso Nacional no limita las normas del proyecto de ley sobre las cuales se requiere opinión de la Corte Suprema, este informe abordará todas aquellas materias propias de la organización y atribuciones de los tribunales de justicia, sin perjuicio de examinar la configuración del proyecto en general, dado que se trata de una reforma integral al sistema de adopción y su alta importancia para la función que cumple la judicatura, así como por los compromisos internacionales asumidos por este Poder del Estado en materia de protección a NNA.

Tercero. El informe consta de tres capítulos: (i) una reseña inicial sobre el propósito y contenido del proyecto y los principales hitos de tramitación legislativa; (ii) una exposición sobre las opiniones formuladas por la Corte Suprema a este proyecto; y (iii) un análisis más o menos pormenorizado de: la regulación que contiene el proyecto, abarcando los sujetos que intervienen en los procedimientos que prevé; de las reglas sustantivas sobre la adoptabilidad y adopción; de las reglas procesales aplicables a los procedimientos de declaración de adoptabilidad y adopción, en este último caso tanto nacional como internacional, y de nulidad de adopción; para finalmente tratar los delitos y prohibiciones, modificaciones al Código del Trabajo, derogación de la Ley N° 19.620, reglas transitorias y entrada en vigencia de la nueva ley.

Cuarto. MOTIVACIÓN Y CONTENIDO DEL PROYECTO

De acuerdo al Mensaje presidencial que dio origen a la tramitación legislativa de este proyecto, durante la vigencia de la Ley N° 19.620, que dicta normas sobre adopción

de menores, publicada en el mes de agosto del año 1999, se han detectado diversos vacíos y deficiencias, principalmente relacionadas con los tiempos de tramitación de los procedimientos previos a la adopción y el largo tiempo promedio de permanencia de los niños, niñas y adolescentes en la red institucional de Servicio Nacional de Menores. En vista de lo anterior, según el mensaje, el proyecto busca garantizar, además de la subsidiariedad de la adopción, la agilidad de los procedimientos respectivos.

En definitiva, este proyecto de ley promueve una reforma integral del sistema de adopción chileno, por lo que intenta reemplazar, a través de sus 76 artículos permanentes y 4 transitorios, a la ley N° 19.620 en actual vigencia. En particular, la iniciativa consta de 10 títulos que regulan, entre otros, el objetivo de la adopción, sus características, la legislación aplicable, las instituciones responsables, los derechos y garantías de que gozarán los NNA, los distintos procedimientos que se deben realizar para llevar adelante adopciones nacionales o internacionales y las prohibiciones y delitos que se pudieren cometer en el transcurso de estos.

Quinto. La estructura del proyecto es la siguiente:

- Título I Disposiciones generales (artículos 1° al 12), el cual contiene dos párrafos: (i) 1° De la adopción en general y (ii) 2° Derechos y garantías.
- Título II Procedimientos de adoptabilidad (artículos 13 al 34), el cual contiene cuatro párrafos: (i) 1° Causales de adoptabilidad, (ii) 2° Procedimiento ordinario, (iii) 3° Gestiones posteriores a la declaración de adoptabilidad y (iv) 4° Procedimiento de adoptabilidad por entrega voluntaria con fines de adopción.
- Título III Procedimiento de adopción nacional (artículo 35 al 51), el cual contiene dos párrafos: (i) 1° Finalidad del procedimiento, adoptantes y requisitos y (ii) 2° Reglas procesales.
- Título IV Procedimientos de adopción internacional (artículos 52 al 62), el cual contiene tres párrafos: (i) 1° Disposición general, (ii) 2° Adopción de niños, niñas o adolescentes residentes en Chile por personas residentes en el extranjero y (iii) 3° Adopción de niños, niñas o adolescentes residentes en el extranjero por personas residentes en Chile.
- Título V Adopción por integración (artículos 63 al 65).
- Título VI Conservación de información y búsqueda de orígenes (artículos 66 al 67).
- Título VII Prohibiciones y delitos (artículos 68 al 72), el cual contiene dos párrafos: (i) 1° De las prohibiciones y (ii) 2° De los delitos.

- Título VIII Potestad reglamentaria (artículo 73).
- Título IX Disposiciones derogatorias (artículo 74).
- Título X Disposiciones finales (artículos 75 al 76)
- Disposiciones transitorias (artículos primero al cuarto).

Sexto. Durante su tramitación, el proyecto ha sido objeto de una serie de indicaciones sustitutivas, principiando por las que introdujo el Ejecutivo en el año 2015 y siendo la última de ellas de fecha 7 de mayo de 2019. Anteriormente, había sido objeto de la indicación sustitutiva de 23 de abril de 2019, la cual recayó sobre el texto cuya aprobación fue recomendada por la Comisión de Familia y Adulto Mayor de la Cámara de Diputados con fecha 3 de abril de 2019. El texto de la iniciativa que este informe analiza corresponde al Oficio de ley que fuera remitido por la Cámara de Diputados al Senado, para su revisión en segundo trámite constitucional, mediante Oficio N° 14.721.

Séptimo. INFORMES PREVIOS EMITIDOS POR LA CORTE SUPREMA

La Corte Suprema ha emitido dos informes durante la tramitación legislativa del proyecto, cuyo contenido se pasa a reseñar a continuación.

1) Oficio N° 141-2013 de fecha 26 de noviembre de 2013

En síntesis, el máximo tribunal expuso una breve relación del contenido del proyecto, dio cuenta que las reglas de competencia de tribunales recogían los principios generales y no merecían observaciones; observó que existía una contradicción en materia de conocimiento del recurso de apelación, pues se ordenaba que existiese vista, pero que se tramitara de acuerdo a las reglas de los incidentes; y se opinó que el proyecto estaba bien estructurado y su objetivo de acortar los tiempos de tramitación era loable.

Adicionalmente, algunos ministros fueron de la opinión de agregar otras observaciones. Entre las más relevantes que se pueden relacionar con el actual articulado se encuentran las siguientes:

- El proyecto no contenía una definición de la expresión *adopción*¹, y dio cuenta de conceptos de *adopción*, tanto de la Real Academia de la Lengua Española² como de la doctrina³.

¹ La versión que se analiza en este informe tampoco da una definición de *adopción*.

² “[...] *recibir como hijo, con los requisitos y solemnidades que establecen las leyes, al que no lo es naturalmente*” (p. 5).

³ “[...] *una institución jurídica por la que, con las solemnidades y requisitos legales, se crea entre dos personas que pueden ser extrañas entre sí, relaciones de parentesco y filiación*” (p. 5).

- El proyecto no indicaba el contenido de los programas de adopción ni el objeto de los subprogramas de adopción⁴.
- Se observó que no resultaba eficiente que el financiamiento de los programas y subprogramas quedase subordinado a la aprobación de proyectos previos, a lo que se unía el hecho que la Ley N° 20.032 no los considera dentro de los proyectos financiados⁵.
- Se indicó que la orfandad no debiese constituir causal de adoptabilidad, pues podría existir una red familiar de cuidado⁶.
- Respecto de la causal de adoptabilidad de entrega voluntaria, se recomendó la existencia de una audiencia preparatoria para escuchar al niño, niña o adolescente y que el tribunal pueda siempre citar a ascendientes hasta el segundo grado⁷.
- En el caso de egreso de una residencia o programa de acogida, se observó que no existen consecuencias a los informes desfavorables anteriores⁸.
- Se recomendó cambiar las notificaciones por carta certificada a notificación por cédula y que el juez pudiese eximir del requisito de diferencia de edad en todas las adopciones⁹.

2) Oficio N° 98-2015 de fecha 08 de septiembre de 2015

De las observaciones realizadas por la Corte Suprema, algunas de ellas están relacionadas con el actual articulado. En síntesis, las más relevantes son las siguientes:

- Se consideró prematura la medida consistente en el término de la relación directa y regular del niño, niña o adolescente con los miembros de su familia por la declaración de adoptabilidad, sin que se requiriese la ejecutoriedad de la sentencia¹⁰.
- Se observó que en el listado de personas que podían ser adoptantes, tanto mediante el procedimiento ordinario como el de adopción por integración, no se señalaba a los convivientes civiles¹¹.

⁴ La versión actual del proyecto se hace cargo de esta observación en su artículo 5°.

⁵ Actualmente, el proyecto ordena que aquellos que sean ejecutados por el Servicio Nacional de Menores se financien con su presupuesto.

⁶ En el texto consultado se enmendó este punto, al considerar la existencia de parientes que puedan cuidar del niño, niña o adolescente.

⁷ El proyecto incluye ahora la citada audiencia preliminar, aunque la citación de los ascendientes se propone proceda solo en una audiencia de ratificación de la voluntad de entrega voluntaria, en el caso que los progenitores hayan fallecido o se encuentren imposibilitados de manifestarla.

⁸ Este punto se mantiene en el actual articulado.

⁹ Ambas apreciaciones no fueron recogidas en la tramitación.

¹⁰ Esta circunstancia cambió en la versión actual, pues, ahora, para surtir efectos la medida de término de la relación se requiere que la sentencia se encuentre firme. Con todo, se mantiene este problema en el caso de declaración de adoptabilidad posterior a la adopción.

¹¹ Esta situación fue corregida en el nuevo articulado.

- Se observó que el requisito para ser adoptante, consistente en contar con dos años de matrimonio para los cónyuges que no tienen problemas de fertilidad, podría constituir una diferencia injustificada respecto de los no casados¹².
- Se observó que habría una contradicción entre la posibilidad de adoptar de los divorciados (ex artículo 36) y la prohibición de cónyuges divorciados de ser adoptantes (ex artículo 39)¹³.
- Por último, la Corte Suprema hizo un llamado a aplicar la nueva normativa en forma gradual y con adecuada implementación, con el objeto de evitar vulneraciones a los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

Octavo. ANÁLISIS DEL PROYECTO DE LEY

1) ASPECTOS GENERALES

Al igual que en el caso de la Ley N° 19.620, el proyecto no contiene una definición de adopción, sino que sólo se refiere a su objeto, características y efectos. En tal sentido, el artículo 1° señala que el objeto principal que se le asigna a la adopción es el velar por el interés superior de NNA, mediante el amparo de su derecho a vivir y desarrollarse en una familia, *cualquiera sea su composición*, que le brinde afectos y cuidados tendientes a satisfacer sus necesidades, tanto espirituales como materiales, en caso que ello no pueda ser proporcionado por su familia de origen.

La norma es igual a la que contempla el artículo 1 de la ley 19.620, salvo en cuanto introduce una modificación relevante, que amplía el espectro de los adoptantes, eliminando restricciones y preferencias que la legislación actual contempla, según se verá más adelante, apertura que se justifica tanto en la prioridad del derecho del NNA a vivir en una familia –cualquiera su composición– como en la prohibición de discriminación que el proyecto consagra.

En relación a sus características esenciales, la adopción es subsidiaria –por lo que se deberá privilegiar que el NNA viva con su familia de origen¹⁴ (inciso 1° del artículo 1°)- y se la concibe como una institución de orden público (no disponible por las partes)¹⁵, pura y simple e irrevocable (inciso 1° del artículo 3°).

¹² Este punto fue subsanado, pues ya no se exige un tiempo mínimo de matrimonio.

¹³ Esta discordancia persiste actualmente en el artículo 40.

¹⁴ En relación con la subsidiariedad de la adopción, se puede consultar. MARTINIC (2004), pp. 206-207; COURT Murasso, Eduardo y WEGNER Astudillo, Verónica. Derecho de Familia. Legislación, doctrina y jurisprudencia. Adopción. Alimentos. Guardas. Estado civil. Violencia intrafamiliar. Santiago: AbeledoPerrot Legalpublishing, 2011. p. 5.

¹⁵ COURT y WEGNER (2011), p. 5.

Tocante a sus efectos, mantiene el que la ley actual consagra, es decir, confiere a la persona adoptada el estado civil de hijo (a) respecto del o los adoptantes, en los casos y con los requisitos que la ley.

Destaca la incorporación de una norma (inciso 2° del artículo 3) que declara que el marco jurídico aplicable a la constitución y efectos de la adopción, comprende “los derechos y garantías reconocidos en la Constitución Política y leyes nacionales, la Convención sobre los Derechos del Niño, el Convenio de La Haya, de 1993, relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional. Y los demás tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes”.

Por otra parte, si bien el proyecto no contempla un apartado especial donde se contengan los principios que sustentan u orientan la iniciativa, a través de todo el cuerpo normativo y el desarrollo de sus instituciones se consagra el interés superior del NNA, su derecho a vivir en una familia, su autonomía progresiva y el derecho a ser oído, el reconocimiento de la subsidiariedad de la adopción, la prohibición de toda discriminación, el derecho a conocer sus propios orígenes, la preservación de los vínculos fraternos y el de la reserva de toda la información a que den lugar los procedimientos.

En efecto, siguiendo el estándar internacional, el principio rector de los procedimientos regulados en el proyecto es, sin duda, el **interés superior del niño, niña o adolescente**, el cual es mencionado en diversas ocasiones en el articulado. En efecto, se hace alusión a dicho principio en los artículos 1°, 28, 35, 37, 38, 39, 40, 45, 46, 64 y 68. Como antes se dijo, velar por dicho principio es, de acuerdo al artículo 1° del proyecto, el objeto de la adopción. En tal sentido, incide tanto en los procedimientos de adoptabilidad como en los de adopción; en la aplicación de las reglas relativas a los requisitos para ser adoptantes; en la determinación de quién deberá ejercer el cuidado personal del NNA, entre otras materias.

Esto es importante, porque la protección del interés superior es uno de los deberes primordiales del Estado a la hora de establecer un sistema de adopción, que la Convención de Derechos del Niño señala explícitamente en su artículo 21.

Asimismo, el artículo 11 de la iniciativa consagra el derecho del NNA a ejercer su **autonomía en forma progresiva**, atendida su edad y madurez, lo que se debe traducir en que en todas las etapas de los procedimientos de adoptabilidad y de adopción deberá ser oído. Lo anterior se encuentra en consonancia con lo ordenado por el artículo 12 de la

Convención Sobre Derechos del Niño¹⁶. Actualmente, el artículo 3° de la Ley N° 19.620, que dicta normas sobre adopción de menores, ordena que se tenga en cuenta las opiniones del “menor”, en función de su edad y madurez. En el caso de los menores adultos, su manifestación de voluntad expresa es necesaria tanto en los procedimientos previos a la adopción como en adopción misma.¹⁷

El artículo 12 del proyecto consagra el derecho a los mayores de 14 años a **conocer los orígenes de su filiación**, para lo cual establece diversos deberes de conservación y entrega de información al Servicio de Registro Civil e Identificación. Dichas reglas se relacionan con el derecho del NNA a su identidad, expresamente consagrado en el artículo 8° de la Convención Sobre Derechos del Niño.

En cuanto a la **prohibición de discriminar**, se consagra en los artículos 28 y 39 del proyecto, en relación a la selección que debe hacer el Servicio Nacional de Menores o los organismos acreditados, de las personas que califican como alternativa de familia adoptiva y a la hora de certificar que los solicitantes de una adopción poseen las condiciones generales para desempeñar la parentalidad adoptiva.

Por su parte, la **subsidiariedad y el derecho a vivir en una familia** son consagrados en el artículo 1° que contempla los objetivos de la institución de la adopción. Sin embargo, se echa de menos una regulación que explicita la obligación de trabajo y apoyo con la familia de origen, para evitar la separación de su familia de origen; el proyecto de ley no aborda este tema, alejándose de los estándares establecidos en las Directrices de la Asamblea General, donde se señala expresamente que la separación del niño de su propia familia debería considerarse como un último recurso y, en lo posible, debería ser temporal y por el menor tiempo posible. El artículo 18 de la CDN establece claramente sobre las Familias de origen que: “A los efectos de garantizar y promover los derechos enunciados en la presente Convención, los Estados Partes prestarán la asistencia apropiada a los padres y a los representantes legales para el desempeño de sus funciones en lo que respecta a la crianza del niño y velarán por la creación de instituciones, instalaciones y servicios para el cuidado de los niños”.

¹⁶ “1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño.

2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional”.

¹⁷ Sobre el ejercicio a ser oído en la Ley N° 19.620, se puede consultar: MARTINIC Galetovic, María Dora. Algunas consideraciones en torno a la Ley N° 19.620 de 1999, sobre adopción de menores y la Convención sobre los Derechos del Niño, publicada en el Diario Oficial de 27 de septiembre de 1999, En: SCHMIDT Hott, Claudia, MARTINIC Galetovic, María Dora, et al. Instituciones de Derecho de Familia. Santiago: Editorial Lexis Nexis, 2004. pp. 208-210.

Sobre la **preservación de los vínculos fraternos**, se prioriza la adopción de quienes sean hermanos en la misma familia adoptiva o, el mantenimiento de vínculos jurídicos entre los hermanos. Este es un criterio que ya había sido recogido en la ley actual (artículo 23) y que tiene plena sintonía con la CDN y con las Directrices. El proyecto indica que “en caso que dos o más hermanos hayan sido declarados adoptables, se procurará que sean adoptados por el o los mismos requirentes. Si ello no fuere posible, el juez deberá velar por la continuidad del vínculo fraterno entre ellos”.

2) SUJETOS QUE INTERVIENEN EN LA ADOPCIÓN

El proyecto menciona en su articulado a diversos sujetos que intervienen en los procedimientos vinculados con la adopción, tanto administrativos como judiciales, como son los niños, niñas y adolescentes, la madre y padre de éstos, sus parientes, el curador ad litem, el Servicio Nacional de Menores y los organismos acreditados nacionales y los organismos internacionales autorizados. De todos ellos, interesa referirse a los tres últimos.

a) CURADOR AD LITEM

El proyecto establece que tanto en el procedimiento de adoptabilidad como en el procedimiento de adopción, se debe nombrar un curador *ad litem* para el NNA respectivo, quien deberá contar con el título de abogado y deberá velar por sus intereses en los procedimientos indicados. El nombramiento debe recaer en un profesional perteneciente a la respectiva Corporación de Asistencia Judicial o a cualquier institución pública o privada que se dedique a la defensa, promoción o protección de los derechos de los NNA.

El proyecto señala que al *curador ad litem* se le debe citar a todas las audiencias de los procedimientos, su presencia es necesaria en todas las audiencias, se debe escuchar su opinión en ciertas materias y puede solicitar la declaración de nulidad de la adopción.

El proyecto original no contemplaba esta figura, la que fue introducida en las indicaciones del año 2015. Es una reforma que merece ser destacada puesto que se orienta a reforzar el derecho del NNA a ser escuchado y a que su opinión sea considerada en todas las etapas del procedimiento y, desde esa perspectiva, se considera un avance para resguardar los derechos de NNA, sin embargo, cabe hacer presente que del contenido del proyecto, ni de su tramitación legislativa, se desprende el otorgamiento de presupuesto nuevo para financiar, en la Corporación de Asistencia Judicial u otro organismo público, una posible necesidad de aumento de los profesionales que debieran cumplir esta función, lo que podría significar una severa dificultad en la implementación de la ley.

b) SERVICIO NACIONAL DE MENORES

El Servicio Nacional de Menores, creado por el Decreto Ley N° 2.465 de 1979¹⁸, es un organismo dependiente del Ministerio de Justicia, encargado de contribuir a proteger y promover los derechos de los niños, niñas y adolescentes que han sido vulnerados en el ejercicio de los mismos y a la reinserción social de adolescentes que han infringido la ley penal.

El proyecto le asigna a dicho servicio diversas potestades y deberes respecto de los procedimientos administrativos y judiciales relacionados con la adopción. Entre otras materias, el Servicio Nacional de Menores: (i) es la autoridad central para efectos de adopción internacional (inciso 4° del artículo 4); (ii) debe diseñar los programas de adopción a los que se refiere el artículo 5, sin perjuicio que el Ministerio de Justicia debe reglamentar los subprogramas que sean necesarios (literal a del artículo 73); (iii) debe otorgar el reconocimiento a los organismos a los que se refieren los artículos 6 y 7, tanto nacionales como internacionales, que intervienen en los procedimientos de adopción; (iv) debe llevar los diversos registros a los que se refiere el artículo 9¹⁹; (v) puede iniciar un procedimiento de adoptabilidad y, por regla general, deberá intervenir en éste si no lo ha iniciado (artículo 16); (vi) debe seleccionar a la alternativa de familia adoptiva para que ésta pueda requerir el cuidado personal del NNA luego de declarada la adoptabilidad (artículo 28); (vii) debe iniciar el procedimiento de adopción (artículo 29); (viii) debe emitir la certificación de poseer los adoptantes las condiciones generales para la adopción de un NNA (artículo 39); y (ix) debe intervenir en el proceso de búsqueda de orígenes del adoptado (artículo 67).

Cabe destacar que el artículo 8 le otorga a dicho Servicio la facultad de hacerse parte en todos los procedimientos judiciales, tanto de adoptabilidad como de adopción, con el fin de defender los derechos de los NNA, en forma similar al actual artículo 6° de la Ley N° 19.620. Dicha facultad se puede ejercer hasta que la adopción produzca efectos – lo cual ocurrirá una vez que la sentencia de adopción quede ejecutoriada (inciso 2° del artículo 48)- y también podrá intervenir en el proceso de declaración de nulidad de la adopción. Sin embargo, es menester hacer presente que dicha norma no le otorga la representación en juicio de los NNA, pues ésta le corresponde exclusivamente al *curador ad litem*, según se desprende de los artículos 19, 20, 43 y 50. Por ello, no resulta claro

¹⁸ El Decreto Ley N° 2.465 que “Crea el Servicio Nacional de Menores y fija el texto de su orgánica” fue promulgado con fecha 10 de enero de 1979 y publicado con fecha 16 de enero de 1979.

¹⁹ Registro de personas declaradas adoptables; Registro de personas que poseen certificación de contar con condiciones generales para la adopción de un niño, niña o adolescente, distinguiendo entre aquellos que tengan residencia en Chile y las que residan en el extranjero; Registro de personas a quienes se les haya rechazado previamente una solicitud de adopción, por no contar con condiciones generales para la adopción de un niño, niña o adolescente; Registro de adopciones otorgadas; y Registro de organismos acreditados nacionales y de organismos autorizados extranjeros.

cómo dicho Servicio actuará en juicio en defensa de los intereses de los NNA, pues por un lado el proyecto expresamente se lo ordena, pero por otro lado no podría obligar al *curador ad litem* a realizar presentaciones o guiar su actuar, en atención a la independencia con la que éste debe actuar. Incluso, se podría dar el caso en que el curador y dicho Servicio tengan posturas distintas en cuanto a qué será más favorable para el NNA, e incluso que dicho interés pueda ser contrapuesto al del Servicio, como sería el caso en que el NNA haya sufrido vulneración de sus derechos mientras estuvo a cargo de éste y dicha circunstancias pueda influir en la decisión del tribunal.

Por lo anterior, resultaría aconsejable determinar con un mayor grado de precisión la forma en que deberá actuar el Servicio Nacional de Menores en tal materia.

c) ORGANISMOS ACREDITADOS NACIONALES Y ORGANISMOS AUTORIZADOS INTERNACIONALES

El artículo 6 regula los denominados organismos acreditados nacionales, señalando cuáles deberán ser sus formas de organización (corporación, asociación o fundación, sin fines de lucro), su propósito (ejecutar programas de adopción), y la necesidad de contar con reconocimiento por parte del Servicio Nacional de Menores. El mismo artículo contiene los requisitos que deberán cumplir dichas organizaciones para poder obtener la acreditación necesaria para operar y tanto el otorgamiento de acreditación como su extinción será objeto de pronunciamiento por parte del Director del Servicio Nacional de Menores.

El artículo 7°, en tanto, regula los denominados organismos autorizados internacionales, los cuales pueden actuar como intermediarios en los procedimientos de adopción internacional, si han sido autorizados por el organismo competente del Estado al que pertenecen y por el Servicio Nacional de Menores. Este último sólo podrá otorgar la autorización a organismos sin fines de lucro y por un plazo máximo de tres años, prorrogables por igual periodo en forma consecutiva.

Noveno. LA ADOPTABILIDAD EN EL PROYECTO DE LEY

a) ASPECTOS GENERALES

El inciso 1° del artículo 14 dispone que el procedimiento de adoptabilidad tiene por finalidad declarar que el NNA se encuentra en condiciones de ser adoptado, previa acreditación de alguna de las causales de artículo 13, las cuales se analizan en la sección siguiente. La adoptabilidad es una nueva denominación de lo que en la actual legislación se conoce como declaración de susceptibilidad de adopción.

Se debe observar que, si bien el proyecto contiene una regla especial a propósito de la adopción de hermanos (inciso 4° del artículo 35), según la cual se deberá velar por que sean adoptados por los mismos requirentes –cuestión que es muy bienvenida– no existe una regla similar en materia de adoptabilidad, que ordene tener en cuenta la existencia y circunstancias de los hermanos al momento de determinar si deben ser declarados adoptables.

b) CAUSALES DE ADOPTABILIDAD

Como comentario previo al análisis de las nuevas causales de adoptabilidad, se debe expresar que el proyecto modifica o reformula las circunstancias que actualmente permiten declarar la susceptibilidad de adopción del artículo 12 de la Ley N° 19.620.

1. Imposibilidad de ejercer el cuidado del niño, niña o adolescente (literal a del artículo 13)

La causal requiere que tanto ambos padres como los demás miembros de la familia de origen, hasta el tercer grado de consanguinidad, no puedan ejercer el cuidado del NNA respecto de quien se haya decretado la medida de protección de separación de su familia. El proyecto no señala expresamente a cuál medida de protección de separación se refiere. Se debe tener presente en este punto que tanto el artículo 74 de la Ley N° 19.968 como el artículo 30 de la Ley de Menores²⁰ contienen medidas que generan la separación de la familia.

Por otro lado, el literal a) del artículo 13 no indica qué tipo de imposibilidad para ejercer el cuidado permitirá configurar la causal, a diferencia, por ejemplo, del actual artículo 42 de la Ley de Menores al regular la inhabilidad para ejercer el cuidado personal. Sin perjuicio de lo anterior, dicho literal regula criterios y circunstancias que se deben considerar y ponderar, especialmente, al momento de determinar la existencia de la imposibilidad, a saber:

(i) **Inasistencia al programa destinado a fortalecer habilidades parentales y de crianza.** Para que dicha circunstancia deba ser considerada y ponderada en forma especial, deben concurrir los siguientes elementos:

➤ Que se trate de un NNA cuyos derechos hayan sido vulnerados por ambos padres o por algún miembro de la familia de origen (no se limita a los parientes hasta el tercer grado de consanguinidad).

²⁰ El texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N° 16.618 “Ley de menores”, fue fijado por el artículo 6° del Decreto con Fuerza de Ley N° 1 del Ministerio de Justicia, promulgado con fecha 16 de mayo de 2000 y publicado con fecha 30 de mayo de 2000.

- Que respecto de dichas personas se haya decretado la medida de asistir a un programa destinado a fortalecer habilidades parentales y de crianza.
- Que ocurra alguna de las siguientes circunstancias: (i) que dichas personas injustificadamente no asistan al programa en tres ocasiones, manifestando desinterés en superar la situación de vulneración que dio lugar la medida; o (ii) que habiendo intervenido en el programa, se mantenga la imposibilidad de ejercer el cuidado del NNA.

(ii) **Inasistencia a un programa distinto al destinado a fortalecer habilidades parentales y de crianza, destinado a superar la imposibilidad de ejercer el cuidado del NNA.** Los motivos que configuran esta circunstancia son similares a la anterior, por lo que se aplican las mismas observaciones, con la salvedad que no se exige que haya existido vulneración de derechos, que se manifiesta desinterés y que las inasistencias al programa sean injustificadas.

2. Voluntad de entregar al niño o niña con fines de adopción (literal b del artículo 13)

Es menester precisar que esta causal sólo se aplica respecto de niños y niñas, no a los adolescentes, según se desprende del literal b) del artículo 13 “Cuando, **en el caso de niños y niñas**, la madre o padre que tenga el cuidado personal, o ambos, en caso de que éste sea compartido, manifiesten voluntariamente su intención de entregarlo con fines de adopción”. En la actualidad, el literal a) del artículo 8 de la Ley N° 19.620 requiere, además, que los padres no estén capacitados o en condiciones de hacerse cargo del NNA, por lo que la propuesta del proyecto amplía las posibilidades de que se declare la adoptabilidad.

Como se puede apreciar, un elemento fundamental de esta causal es la manifestación de voluntad de la madre, del padre o de ambos. En efecto, sólo padre y/o madre pueden manifestar la voluntad de entregar en adopción. Se debe destacar que la sola manifestación de voluntad y posterior ratificación no genera automáticamente que el tribunal deba declarar la adoptabilidad, según se colige del inciso 1° del artículo 33.

El segundo elemento fundamental es la titularidad del cuidado personal, pues sólo quien cuenta con éste podrá manifestar la voluntad de entregar al niño o niña en adopción. Sobre este punto se pueden hacer las siguientes observaciones: la descripción de la causal da a entender que ésta se aplica en tres hipótesis de

cuidado personal: (i) el cuidado lo tiene la madre; (ii) el cuidado lo tiene el padre; y (iii) el cuidado es compartido. Al respecto, no resulta claro si la expresión “compartido” se refiere tanto a la situación descrita en el inciso 1° del artículo 224²¹ de Código Civil, en la cual ambos padres viven juntos y ejercen el cuidado personal de consuno, como a la hipótesis de los tres primeros incisos del artículo 225²² de dicho código, en la cual los padres viven separados y acuerdan que el cuidado será compartido, siendo este último caso el denominado propiamente como “*cuidado personal compartido*”, régimen creado por la Ley N° 20.680²³.

Por otro lado, se debe observar que el proyecto no contiene reglas especiales en materia de capacidad, relativas a la manifestación de intención de entregar a un NNA con fines de adopción. Al respecto, no se debe olvidar que diversas reglas de filiación permiten que menores de 18 años, quienes aún no cuentan con plena capacidad de ejercicio según dispone el artículo 1447 del Código Civil, puedan adquirir el estado civil de padre o de madre. En efecto, sólo a modo de ejemplo: (i) dado que los mayores de 16 años pueden contraer matrimonio, se aplicará respecto del marido menor de 18 años la presunción de paternidad; (ii) de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 262 del Código Civil, el menor adulto puede reconocer hijos sin autorización; y (iii) en caso que una mujer que no haya cumplido 18 años dé a luz, el parto determinará la filiación.

La falta de una regla de capacidad especial en materia de manifestación de intención de entregar en adopción, genera que se deban aplicar las reglas generales, en cuyo caso el menor de 18 años deberá actuar autorizado o su manifestación deberá ser ratificada por sus representantes, lo cual podría afectar

²¹ “*Toca de consuno a los padres, o al padre o madre sobreviviente, el cuidado personal de sus hijos. Éste se basará en el principio de corresponsabilidad, en virtud del cual ambos padres, vivan juntos o separados, participarán en forma activa, equitativa y permanente en la crianza y educación de sus hijos*” (énfasis agregado).

²² “*Si los padres viven separados podrán determinar de común acuerdo que el cuidado personal de los hijos corresponda al padre, a la madre o a ambos en forma compartida. El acuerdo se otorgará por escritura pública o acta extendida ante cualquier oficial del Registro Civil y deberá ser subinscrito al margen de la inscripción de nacimiento del hijo dentro de los treinta días subsiguientes a su otorgamiento. Este acuerdo establecerá la frecuencia y libertad con que el padre o madre que no tiene el cuidado personal mantendrá una relación directa y regular con los hijos y podrá revocarse o modificarse cumpliendo las mismas solemnidades.*”

El cuidado personal compartido es un régimen de vida que procura estimular la corresponsabilidad de ambos padres que viven separados, en la crianza y educación de los hijos comunes, mediante un sistema de residencia que asegure su adecuada estabilidad y continuidad.

A falta del acuerdo del inciso primero, los hijos continuarán bajo el cuidado personal del padre o madre con quien estén conviviendo” (énfasis agregado).

²³ La Ley N° 20.680 que “*Introduce modificaciones al Código Civil y a otros cuerpos legales, con el objeto de proteger la integridad del menor en caso de que sus padres vivan separados*” fue promulgada con fecha 16 de junio de 2013 y publicada con fecha 21 de junio de 2013.

su interés superior y su derecho a la autonomía progresiva. No sólo el tema de la representación debiera ser revisado sino que se echa de menos regulación especial que abordara algún tipo de acompañamiento de las adolescentes que pretenden entregar a sus hijos o hijas en adopción, sin perjuicio de lo que ya se prevé en el inciso 2° del artículo 30 y el inciso 1° del artículo 33.

3. Falta de filiación determinada del niño, niña o adolescente respecto de padre y madre (literal c del artículo 13)

Para que se configure la causal, resulta necesario que el NNA no cuente con filiación determinada respecto de ambos progenitores. Esta causal se encuentra actualmente contemplada en el inciso 4° del artículo 13 de la Ley N° 19.620.

Por expresa disposición del artículo 49 de la propuesta, esta causal no podrá ser utilizada en caso que, habiendo quedado firme la sentencia de adopción, sea necesario comenzar un nuevo procedimiento de adoptabilidad, lo cual resulta de todo sentido en atención a que no se podrá configurar la falta de determinación de filiación, por haber sido fijada ésta por la adopción misma al otorgarle al adoptado el estado civil de hijo de los adoptantes de acuerdo al artículo 48 del proyecto.

4. Orfandad (literal d del artículo 13)

El literal d) del artículo 13 dispone que es causal de adoptabilidad la situación consistente en que un NNA, en caso de orfandad, no tenga familia hasta el tercer grado de consanguinidad que pueda ejercer su cuidado. Esta causal no se encuentra regulada actualmente en la Ley N° 19.620. El proyecto no contiene una definición de orfandad ni tampoco existe en la legislación relacionada, por lo que sería recomendable que se aclarara si dicha expresión se refiere a ambos padres o si también se deberá extender al caso en que sólo la madre o el padre hayan fallecido²⁴. Por otro lado, el uso de los términos “*pueda ejercer su cuidado*” plantea la duda acerca de si se requiere o no la voluntad de los familiares de cuidar al NNA, lo cual se debiese aclarar para evitar problemas interpretativos al momento de decidir sobre la adoptabilidad.

5. Abandono (literal e del artículo 13)

²⁴ Como referencia, la RAE define orfandad como “*Estado de huérfano*” (URL: <http://lema.rae.es/dpd/srv/search?key=orfandad>) y huérfano como “*Dicho de una persona de menor edad: A quien se le han muerto el padre y la madre o uno de los dos, especialmente el padre*” (URL: <http://lema.rae.es/drae2001/srv/search?id=0A6bxI2AjDXX2tUgqJBk>).

El literal e) del artículo 13 señala que constituye causal de adoptabilidad: *“Cuando el niño, niña o adolescente hubiere sido abandonado por uno de sus padres y su cuidado personal lo ejerza el otro, quien, junto a su cónyuge o conviviente civil, desee integrarlo como hijo. Para estos efectos, se entenderá por abandono la falta de contacto personal y continuo por al menos dos años consecutivos con el niño, niña o adolescente, mientras se encuentra a cargo del otro padre o madre”.*

La causal en comento sólo es aplicable para proceder a la adopción por integración, la cual se encuentra tratada en el Título V del proyecto, en los artículos 63 al 65. Esta causal es similar a la contenida en el actual artículo 11 de la Ley N° 19.620.

En síntesis, la causal requiere que se configuren las siguientes circunstancias:

- Que la filiación se encuentre determinada respecto de madre y padre (artículo 13).
- Que el cuidado personal sea ejercido por la madre o el padre (artículo 13).
- Que el progenitor que no es titular del cuidado personal haya abandonado al NNA, lo cual se configura por la falta de contacto personal y continuo por al menos dos años consecutivos (artículo 13).
- Que el padre o madre que es titular del cuidado y su cónyuge o conviviente civil deseen integrarlo (artículo 13).
- Que el cónyuge o conviviente civil del padre o madre del NNA cuya adoptabilidad se solicita, haya vivido con éste al menos cinco años continuos (literal d del artículo 65). Se faculta al tribunal rebajar dicho plazo en caso que el interés superior del NNA así lo requiera.
- Para efectos de dar inicio al procedimiento de certificación de contar condiciones para adoptar, se requiere que el NNA tenga a lo menos cinco años de edad (literal d del artículo 65). Estos dos últimos requisitos no existen en la ley 19.620, por lo que el proyecto eleva los estándares en la materia.

Décimo. Al respecto, se puede observar que a diferencia de la actual legislación, puede acceder a esta modalidad no sólo quien tenga la calidad de cónyuge del padre o madre del NNA, sino también el o la conviviente civil de éste

o ésta, con lo que se recoge la observación hecha por esta Corte en su informe de septiembre de 2015. Sin embargo, atendido que la regla general del proyecto consiste en que se debe tutelar el derecho del adoptado a vivir en una familia, cualquiera sea su composición, tal como se desprende de los artículos 1°, 5°, 28 y 35, parecería que corresponde extender la opción a parejas que tengan una relación de convivencia, aunque no hubieren celebrado un acuerdo de unión civil.

Undécimo. CIRCUNSTANCIAS QUE NO CONSTITUYEN CAUSALES DE ADOPTABILIDAD

En el inciso final del artículo 13, el proyecto señala expresamente que la falta de recursos económicos para el ejercicio del cuidado personal del NNA no constituye causal de adoptabilidad. Por otro lado, dicha disposición expresamente ordena que la declaración de adoptabilidad no podrá fundarse en ningún caso en motivos que constituyan una discriminación arbitraria.

Si bien el proyecto no profundiza el tema de la discriminación arbitraria en relación con la adoptabilidad, lo cual sería de gran ayuda al momento de determinar si efectivamente dicha discriminación se configuró en un caso concreto, sí lo hace a propósito de la regulación del cuidado personal posterior a la declaración de adoptabilidad. En efecto, en el inciso 3° del artículo 28 se señala que al momento de decidir si resulta conveniente que la alternativa de familia adoptiva ejerza el cuidado personal, en ningún caso se podrá discriminar arbitrariamente a los solicitantes por "*consideraciones fundadas en motivos tales como etnia, nacionalidad, situación socioeconómica, idioma, ideología u opinión política, religión o creencia, sexo, orientación sexual, identidad de género, estado civil, edad, filiación y/o apariencia personal*".

Un enunciado similar se encuentra contenido en el inciso 4° del artículo 39, a propósito de la certificación de poseer las condiciones generales para la adopción, sin perjuicio que no se menciona la situación socioeconómica.

Duodécimo. EFECTOS DE LA DECLARACIÓN DE ADOPTABILIDAD

La declaración de adoptabilidad, decretada por sentencia ejecutoriada, genera los siguientes efectos:

- Pone término al cuidado personal y al régimen de relación directa y regular, respecto de los padres del NNA, su familia extensa y quienes pudieron haber tenido el cuidado personal. El proyecto no define la expresión "*familia extensa*", pero en atención a la amplitud que denota el concepto, se podría concluir que se trata de todos los consanguíneos, tanto en la línea recta como en la colateral.

- Las personas arriba indicadas se verán privadas de todos los derechos y beneficios respecto del NNA.
- Se debe subinscribir en la partida de nacimiento del NNA la sentencia que declara la adoptabilidad. Dicha subinscripción sólo puede ser cancelada por resolución judicial.
- Se debe inscribir al NNA en el Registro de personas declaradas adoptables que deberá llevar el Servicio Nacional de Menores al cual se refiere el literal a) artículo 9.
- La ejecutoriedad de la sentencia impide que un posterior reconocimiento del padre o madre genere efectos.

Décimo tercero. ADOPCIONES EN LAS CUALES NO RESULTA NECESARIA LA DECLARACIÓN DE ADOPTABILIDAD

Existen dos situaciones en las cuales la declaración de adoptabilidad no es necesaria para que se dé inicio al procedimiento de adopción.

- 1) El primer caso es el de la adopción de mayores de edad, en conformidad con lo dispuesto en el inciso 3° del artículo 51.
- 2) El segundo caso es el de la adopción por integración, en caso que se solicite respecto de un NNA que tenga filiación determinada sólo respecto de padre o madre, y éste solicite la adopción junto con su cónyuge o conviviente civil, en conformidad con lo dispuesto en el inciso 2° del artículo 63.

Décimo cuarto. LA ADOPCIÓN EN EL PROYECTO DE LEY

a) ASPECTOS GENERALES

Se puede observar, que el proyecto de ley mantiene la subsidiariedad de la adopción internacional frente a la nacional. En su artículo 54, expresamente se señala que la adopción de un NNA residente en Chile por personas residentes en el extranjero, sólo procederá a falta de personas interesadas en adoptarlo, en conformidad a las reglas de la adopción nacional. Sin embargo, el Convenio sobre Protección del Niño y Cooperación en Materia de Adopción Internacional (en vigor desde el año 1999) -el cual, como se destacó, constituye fuente expresa de esta iniciativa- señala en su artículo 4° letra b) una regla distinta, en que esta subsidiariedad se ve atenuada por los beneficios que pueda reportar para el niño la adopción internacional.²⁵

²⁵ En lo pertinente, el artículo de la Convención señala: Artículo 4 “Una adopción se llevará a cabo en el ámbito de aplicación de la Convención, sólo si las autoridades competentes del Estado de origen: ...

Como regla general, se encuentran prohibidos los pagos o contraprestaciones tanto en la adopción nacional como internacional, salvo respecto de aquellas personas que legítimamente solicitaren o aceptaren recibir una contraprestación por servicios profesionales que se presten durante el curso de los procedimientos, sean aquellos de carácter legal, social o del ámbito de la salud (inciso final del artículo 4 en relación con el inciso 3° del artículo 72).

Por último, se debe destacar que constituye una regla general la reserva de todas las tramitaciones, tanto administrativas como judiciales, los documentos y los registros, que den lugar los procedimientos del proyecto, sin perjuicio que se permite a las partes de dichos procedimientos y al representante de los NNA, requerir certificaciones y copias para impetrar derechos y realizar actuaciones en beneficio de éstos (artículo 10).

Décimo quinto. SOBRE LAS PERSONAS QUE PUEDEN SER ADOPTADAS

Por regla general, pueden ser adoptadas las personas menores de 18 años que han sido declarados adoptables por sentencia ejecutoriada (artículo 35). Con todo, no obsta a la declaración de admisibilidad de la solicitud que da inicio al procedimiento de adopción que la persona que será adoptada haya cumplido la mayoría de edad durante la tramitación del procedimiento de declaración de adoptabilidad o previo al inicio del procedimiento de adopción (literal b del artículo 43). De lo anterior se puede concluir que tampoco obsta a la adopción el hecho que la persona que será adoptada cumpla la mayoría de edad durante la tramitación del procedimiento de adopción.

Por último, el artículo 51 permite adoptar a mayores de 18 años y menores de 28 años, en caso que, a la fecha de la solicitud de adopción, quien desea adoptar haya tenido su cuidado durante un tiempo mínimo de cinco años consecutivos, lo que constituye una novedad del proyecto.

Décimo sexto. SOBRE LOS ADOPTANTES

(i) Aspectos generales

En esta materia se producen modificaciones importantes. El proyecto permite que adopte una o dos personas, sin que exista una preferencia en cuanto al número y estado civil de los adoptantes, a diferencia de lo que ocurre actualmente, pues la regla general establecida en el artículo 20 de la Ley N° 19.620, es que la adopción se debe otorgar a cónyuges que tengan a lo menos dos años de matrimonio y sólo en caso que no existan

b. han decidido, tras considerar debidamente las posibilidades de colocar al niño en el Estado de origen, que una adopción internacional presenta mayores beneficios para el niño; ... ”.

cónyuges interesados para adoptar a un menor de edad, podrán adoptar personas solteras, divorciadas o viudas.

Por otra parte, no se exige un determinado tipo de relación cuando son dos personas las que solicitan la adopción. Una muestra de la apertura de los diversos tipos de relación se puede encontrar en el artículo 40 el cual, a propósito del fallecimiento de uno de los solicitantes de adopción, se refiere a cónyuges, convivientes civiles y personas con quien se mantiene una relación de convivencia. El correlato de esta apertura puede encontrarse en la prioridad del derecho del NNA a vivir en familia, “cualquiera sea su composición”.

Asimismo, el proyecto permite que dos personas, sin distinción de sexo, orientación sexual o identidad de género, puedan solicitar la adopción de un NNA, según se desprende de los artículos 1°, 5°, 28 y 35, lo que constituye un avance hacia la plena igualdad ante la ley y dignidad de todas las personas. Con todo, el proyecto presenta ciertas reglas que tienden a mermar dicha igualdad y a afectar los derechos de los NNA.

En efecto, el inciso 5° del artículo 11 dispone que: “*Si el niño, niña o adolescente manifiesta su voluntad de tener un padre y una madre, el juez deberá considerarlo en forma preferente*”. Por su parte, el literal b) del inciso 2° del artículo 21 ordena al juez dejar expresa constancia de dicha manifestación otorgada en la audiencia preparatoria del procedimiento de declaración de adoptabilidad.

Al respecto, parece del todo razonable y deseable que lo manifestado por el NNA tenga que ser considerado en forma preferente por el juez, pues de tal forma se refuerza su calidad de sujetos de derechos, quienes pueden ejercer su autonomía progresiva con la posibilidad de que surta efectos concretos. Con todo, la restricción consistente en que la consideración preferente sólo existirá respecto del NNA que desea ser adoptado por una madre y padre, no concuerda con la garantía de igualdad ante la ley, reconocida por el numeral 2° del artículo 19 de la Constitución Política de la República, pues al resto de los NNA no se les otorgará dicho trato preferente. Asimismo, se infringe lo dispuesto en el artículo 2° de la Convención de Derechos del Niño, la cual prohíbe toda discriminación en el ejercicio de los derechos. En tal sentido, la regla propuesta implica que la opinión de los NNA que manifiesten querer ser adoptados por dos madres, dos padres, sólo una madre o sólo un padre, contará con un valor menor, pues no deberá ser considerado en forma preferente por el juez, lo que le permitirá a éste obviar con mayor facilidad los deseos del NNA, y no será deber del magistrado dejar expresa constancia de dicha opinión.

Por último, la regla trasunta el deseo de favorecer a las parejas constituidas por un hombre y una mujer, generándose un espacio de privilegio respecto a parejas que se conforman de forma distinta, lo cual desconoce el derecho de los NNA, reconocido en el proyecto, a vivir en una familia sin importar su composición.

Décimo séptimo. REQUISITOS GENERALES PARA SER ADOPTANTE

El proyecto regula una serie de requisitos que se deben cumplir para que una persona sea considerada apta para contar con la calidad de adoptante, en los cuales encontramos algunas diferencias con la legislación actual.

1. Edad del adoptante

Como regla general, el artículo 36 señala que podrán ser adoptantes todas las personas mayores de edad; por su parte, el literal a) del inciso 1° del artículo 38 señala que las personas que deseen adoptar deberán ser mayores de 25 años (al igual que en la actualidad) y menores de 70 años (actualmente menores de 60, acorde al inciso 1° del artículo 20 de la Ley N° 19.620). La norma le permite al juez rebajar o aumentar el requisito de edad hasta en cinco años si el interés superior de NNA así lo exige, debiendo dejarse constancia expresa y fundada en la sentencia que constituye la adopción. Por otro lado, también se le otorga a la magistratura la potestad de eximir por motivos calificados el requisito de edad de los adoptantes, en el caso de adopción por integración.

Se debe destacar que en caso que la adopción se solicite por dos personas, sólo será necesario que uno cumpla con el requisito de edad (inciso 2° del artículo 38). Por último, se observa que el proyecto no indica en forma clara en qué momento se deberá cumplir con el requisito de edad.

2. Diferencia de edad con el adoptado

De acuerdo a lo dispuesto en el literal b) del inciso 1° del artículo 38, debe existir entre la edad del adoptante y la del adoptado una diferencia mínima de 20 años y una máxima de 52. Se debe notar que actualmente en la Ley N° 19.620 (artículo 20) no existe una diferencia máxima para adoptar y que los requisitos relacionados con la edad no se aplican si el adoptante es ascendiente por consanguinidad²⁶. Por otra parte, la norma propuesta le permite al juez rebajar o aumentar el requisito de diferencia de edad hasta en cinco años si el interés superior de NNA así lo exige, debiendo dejarse constancia expresa y fundada en la sentencia que constituye la adopción.

²⁶ COURT y WEGNER (2011), p. 25.

Se debe destacar que en caso que la adopción se solicite por dos personas, sólo será necesario que una cumpla con el requisito de diferencia de edad (inciso 2° del artículo 38).

Por lo demás, existen casos en que las reglas de diferencia de edad no resultan aplicables:

- **Adopción por integración.** El juez puede decidir no aplicarlas en caso que el interés superior del NNA lo exija (literal e del inciso 2° del artículo 64).
- **Adopción de mayores de edad.** El requisito de diferencia de edad no resulta aplicable sin necesidad de declaración judicial (inciso 4° del artículo 52).

3. Certificación de poseer las condiciones generales para la adopción de un niño, niña o adolescente

La certificación indicada se encuentra regulada principalmente en el artículo 39 del proyecto, sin perjuicio que es mencionada en los artículos 9, 37, 38, 42, 51, 55 y 65.

El artículo 73 del proyecto ordena al Ministerio de Justicia y Derechos Humanos que dicte un reglamento, en el cual se deberá regular el procedimiento de certificación. Sin perjuicio de lo que disponga el reglamento, el artículo 39 otorga las bases del procedimiento de certificación.

En síntesis, el procedimiento inicia por requerimiento del o los solicitantes al Servicio Nacional de Menores, el cual debe efectuar la certificación por medio de profesionales expertos en el área de la adopción y debe velar por el derecho del NNA a desarrollarse en el seno de una familia que le brinde afecto, protección y cuidados, para satisfacer sus necesidades espirituales y materiales. En general, el procedimiento de certificación busca determinar que los solicitantes cuenten con las condiciones necesarias para desempeñar la parentalidad adoptiva, lo cual se realiza a través de una evaluación técnica y jurídica, que debe tener en consideración a lo menos los siguientes criterios: (i) condiciones de vida del solicitante; (ii) vínculos con su red sociofamiliar y redes de apoyo; (iii) salud física y mental, capacidades socioafectivas e historia vincular de apego; (iv) conjunto de capacidades para asumir el cuidado, protección y crianza de un NNA y (v) proyecto adoptivo, junto con la evolución demostrada en las etapas previas del proceso preadoptivo.

En caso que los solicitantes de certificación sean dos, se deberá considerar, además, la estabilidad y antigüedad de su relación y su actuar de consuno.

Por su parte, el inciso 4° del artículo 39 contiene una regla para evitar que la certificación sea denegada por causales que constituyan discriminación arbitraria, basada en consideraciones tales como: etnia, nacionalidad, idioma, ideología u opinión política, religión o creencia, sexo, orientación sexual, identidad de género, estado civil, edad, filiación y/o apariencia personal.

Por último, los resultados de la evaluación podrán ser impugnados ante el Director del Servicio Nacional de Menores, de acuerdo a las reglas generales contenidas en la Ley N° 19.880²⁷. Al respecto, sería deseable que, con el objeto de evitar dilaciones que puedan poner en riesgo la celeridad buscada por el proyecto, se establezca legalmente un plazo dentro del cual se deberá emitir el certificado.

La fijación de estándares para acreditar la condición de los adoptantes es una modificación positiva, ya que a diferencia de lo que sucede hoy, en que se exige un certificado de idoneidad a los postulantes, estableciendo una certificación simplemente binaria (si es apto o no es apto) se reemplaza esta certificación por una evaluación realizada por profesionales expertos en el área de adopción (SENAME), que deben hacerla sobre la base de ciertos patrones.

4. No presentar inhabilidades

El literal d) del inciso 2° del artículo 38 establece como requisito que el adoptante no presente alguna de las inhabilidades contenidas en el artículo 17, esto es, haber sido condenado por sentencia firme y ejecutoriada, como autor, cómplice o encubridor, por delitos que merezcan pena aflictiva²⁸ y otros que indica expresamente, como el ejercicio habitual de violencia física o psíquica respecto de alguna de las personas referidas en el artículo 5° de dicha ley²⁹.

Si bien estas inhabilidades relacionados con el hecho de haber sido condenado por alguno de aquellos delitos es bastante amplia -particularmente considerando los que

²⁷ La Ley N° 19.880 que “*Establece bases de los procedimientos administrativos que rigen los actos de los órganos de la administración del Estado*” fue promulgada con fecha 22 de mayo de 2003 y publicada con fecha 29 de mayo de 2003. URL (consultado el 27.05.2019: <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=210676>).

²⁸ El artículo 37 del Código Penal dispone que: “*Para los efectos legales se reputan afflictivas todas las penas de crímenes y, respecto de las de simples delitos, las de presidio, reclusión, confinamiento, extrañamiento y relegación menores en sus grados máximos*”.

²⁹ Refiere a quien tenga o haya tenido la calidad de cónyuge del ofensor o una relación de convivencia con él; o sea pariente por consanguinidad o por afinidad en toda la línea recta o en la colateral hasta el tercer grado inclusive, del ofensor o de su cónyuge o de su actual conviviente; entre los padres de un hijo común, o recaiga sobre persona menor de edad, adulto mayor o discapacitada que se encuentre bajo el cuidado o dependencia de cualquiera de los integrantes del grupo familiar.

merezcán pena aflictiva- existen en nuestro ordenamiento penal otros delitos en que debería plantearse la posibilidad de ampliar esta inhabilidad, por cuanto no merecen pena aflictiva ni están en el listado, como lo es el contemplado en el artículo 374 bis, inciso segundo, del Código Penal, que sanciona el almacenamiento de pornografía infantil, cuya sanción es de presidio menor en su grado medio.

Décimo octavo. SITUACIONES ESPECIALES

1. Extranjeros residentes en Chile

Respecto de los adoptantes extranjeros, se considerarán como residentes para efectos del proyecto aquellos que cuentan con permanencia definitiva. En caso que no cuentan con esta última, se les considerará no residentes y, por ello, no podrán optar a la adopción nacional (incisos 2° y 4° del artículo 4).

2. Guardadores que solicitan la adopción

El artículo 37 abre una posibilidad que en la legislación actual no existe, y que permite que “*excepcionalmente*” se considere al guardador o guardadores de un programa de acogimiento familiar. La expresión utilizada y los requisitos que se prevén para hacer efectiva dicha opción, como veremos, denotan que se trata de una modalidad restringida, lo que parece razonable para no desvirtuar la figura del guardador ni la institución misma de la adopción, sin embargo, podría retrucarse que tal restricción no parece estar en sintonía con los requisitos regulados en el artículo, cuyo cumplimiento parece tender a que la adopción otorgada a los guardadores velará por la protección del interés superior del NNA.

Los requisitos que deben cumplir los guardadores, en síntesis, son los siguientes: (i) que el NNA que se pretende adoptar no sea el primero respecto del cual se ha ejercido una guarda, requisito que podría ser eximido por parte de juez (inciso 2° del artículo 37); (ii) que la guarda haya durado a lo menos dieciocho meses; (iii) que el Servicio Nacional de Menores o un organismo acreditado nacional efectúen una evaluación de la familia de acogida; y (iv) que se obtenga la certificación de poseer las condiciones generales para la adopción.

3. Fallecimiento de uno de los cónyuges, conviviente civil o persona con quien se mantiene una relación de convivencia

En caso que dos personas que tengan las calidades recíprocas de cónyuge, conviviente civil o conviviente hayan obtenido el certificado de poseer las condiciones generales de adopción y uno de ellos muera, y siempre que se cumpla el resto de los

requisitos legales, se podrá otorgar la adopción al sobreviviente y también se entenderá otorgada a la persona que ha fallecido (incisos 1° y 4° del artículo 40).

En relación con lo anterior, actualmente el inciso 2° del artículo 22 de la ley N° 19.620 regula los medios de prueba que permitirán acreditar la voluntad del cónyuge difunto, aspecto que el proyecto no aborda.

4. Separación judicial, divorcio y término de unión civil

No se puede otorgar la adopción a cónyuges separados judicialmente, mientras subsista la separación, como tampoco se podrá otorgar a ambos cónyuges o convivientes civiles que, respectivamente, se divorciaron o pusieron término a su unión civil (inciso 2° del artículo 40).

Dicha regla parece ser contraria a lo dispuesto en materia de cuidado personal posterior a la declaración de adoptabilidad y obtención de certificado de capacidades necesarias para adoptar, a propósito de los cuales expresamente se señala que no se podrán negar por discriminación basado en motivos de estado civil. Al respecto, se hace presente que actualmente el inciso 3° del artículo 22 de la Ley N° 19.620 permite al juez, en protección del interés superior del adoptado, que se otorgue la adopción a cónyuges separados judicialmente o divorciados.

Décimo noveno. EFECTOS DE LA ADOPCIÓN

El artículo 48 del proyecto, denominado “*Efectos de la sentencia de adopción*”, dispone que la adopción confiere el estado civil de hijo respecto de los adoptantes –idea contenida también en el inciso 2° del artículo 1° del proyecto-, con todos los derechos y deberes recíprocos establecidos en la ley y, además, extingue los vínculos de filiación de origen, para todos los efectos civiles.

Con todo, subsistirán los impedimentos para contraer matrimonio (inciso 1° del artículo 6° de la Ley N° 19.947³⁰) y celebrar un acuerdo de unión civil (inciso 1° del artículo 9° de la Ley N° 20.830³¹), los cuales podrán hacerse presente por cualquier persona antes de la celebración respectiva ante el Servicio de Registro Civil e Identificación, sin perjuicio de la posterior declaración de nulidad de dichos actos.

En relación con los impedimentos en el matrimonio, se debe tener en consideración que el inciso 2° del artículo 6° de la Ley N° 19.947 dispone que “Los

³⁰ “No podrán contraer matrimonio entre sí los ascendientes y descendientes por consanguinidad o por afinidad, ni los colaterales por consanguinidad en el segundo grado”.

³¹ “No podrán celebrar este contrato entre sí los ascendientes y descendientes por consanguinidad o afinidad, ni los colaterales por consanguinidad en el segundo grado”.

impedimentos para contraerlo derivados de la adopción se establecen por las leyes especiales que la regulan". Al respecto, se observa que el proyecto no regula ningún tipo de impedimento para el matrimonio entre el adoptante y el adoptado, tal como ocurre con la actual legislación. La misma observación se aplica al acuerdo de unión civil.

Por último, el inciso 2° del artículo 48 dispone que los efectos de la adopción se generarán una vez que la sentencia que la constituye quede ejecutoriada, lo que constituye cambio significativo al régimen actualmente vigente (que requiere, además, inscripción ante el Registro Civil) y podría generar dificultades de certeza jurídica.

Vigésimo. DESCRIPCIÓN GENERAL DE LOS PROCEDIMIENTOS CONTEMPLADOS EN EL PROYECTO.

Antes de desarrollar en forma pormenorizada los procedimientos que contempla la ley, se describirán en forma sintética, para tener un panorama general.

1. **Procedimiento de adoptabilidad ordinario**, donde el juez de familia del lugar de residencia del niño, niña o adolescente debe pronunciarse sobre si éste es o no adoptable. Las resoluciones dictadas en este procedimiento podrían ser impugnadas de acuerdo al régimen de recursos aplicable a los asuntos contenciosos en materia de familia, lo mismo ocurre en los demás procedimientos que se contemplan en esta ley, por cuanto es la regla supletoria.
2. **Procedimiento de adoptabilidad por entrega voluntaria con fines de adopción**, donde padre, madre o ambos comparecen al tribunal a manifestar su voluntad libre y espontánea de entregar a su hijo o hija con fines de adopción.
3. **Procedimiento de adopción nacional**, donde se procede a realizar la adopción del NNA que ha sido declarado adoptable por sentencia firme y ejecutoriada. Este procedimiento tiene carácter no contencioso y es de competencia del tribunal con competencia en materia de familia que haya conocido del procedimiento de declaración de adoptabilidad. La adopción produce sus efectos desde la fecha que quede ejecutoriada la sentencia que la constituye.
4. **Acción de nulidad**, donde el adoptado, por sí o por medio de su curador *ad litem*, puede pedir la nulidad de la adopción obtenida por medios ilícitos o fraudulentos. De esta acción conocerá el tribunal con competencia en materia de familia del domicilio o residencia del adoptado y conforme al procedimiento ordinario de la ley N°19.968.

5. **Procedimiento de adopción de mayores de edad**, donde una persona mayor de 18 años y menor de 28, en conjunto con quien o quienes pretendan adoptar, pueden iniciar directamente el proceso de adopción sin necesidad de efectuar el procedimiento de adoptabilidad.
6. **Procedimiento de adopción internacional**, donde personas residentes en el extranjero pueden adoptar niños, niñas o adolescentes residentes en Chile.
7. **Procedimiento de adopción por integración**, donde el padre o madre que ejerciere el cuidado personal de su hijo o hija, junto con su cónyuge o conviviente civil y ante el caso que el otro padre o madre hubiese abandonado al NNA, pueden solicitar su integración como hijo o hija. La adopción por integración se sujeta a las normas de los procedimientos de adoptabilidad y de adopción.

Vigésimo primero. REGLAS GENERALES APLICABLES A LOS PROCEDIMIENTOS DE ADOPTABILIDAD Y DE ADOPCIÓN

Si bien cada uno de los procedimientos judiciales regulados en el proyecto cuentan con reglas específicas, existen referencias a la aplicación supletoria de ciertos grupos de normas.

En efecto, el inciso 2° del artículo 14 dispone que las disposiciones del Párrafo 2° “*Procedimiento ordinario*” del Título II “*Procedimientos de adoptabilidad*”, serán aplicables a los otros procedimientos de adoptabilidad y adopción contenidos en el proyecto, a menos que resulten incompatibles con la regulación de éstos.

Por su parte, el inciso 3° del artículo 3° del proyecto señala que serán aplicables las disposiciones del Título I (De los Juzgados de Familia y su Organización) y III (Del procedimiento) de la Ley N° 19.968, en subsidio de las disposiciones del proyecto contenidas en los Títulos II (Procedimientos de adoptabilidad), III (Procedimiento de adopción nacional), IV (Procedimientos de adopción internacional) y V (Adopción por integración).

Sobre los plazos, cabe hacer presente que en ciertas ocasiones el proyecto regula plazos judiciales expresamente como hábiles, pero en otros casos omite pronunciarse. En atención a que el artículo 27 de la Ley N° 19.968 ordena la aplicación supletoria de las disposiciones comunes a todo procedimiento del Código de Procedimiento Civil, se deberá entender que todos los plazos judiciales del proyecto son de días hábiles, en consonancia con lo dispuesto en el artículo 59 de dicho código.

Vigésimo segundo. PROCEDIMIENTO DE ADOPTABILIDAD

a) PROCEDIMIENTO ORDINARIO DE ADOPTABILIDAD

A diferencia de lo dispuesto en el inciso 3° del artículo 35 del proyecto, que dispone expresamente que el procedimiento de adopción es no contencioso, el proyecto guarda silencio respecto del procedimiento de declaración de adoptabilidad. Al respecto, se puede observar que la regulación no resulta clara, pues por un lado se ordena aplicar en forma supletoria las reglas del procedimiento contencioso de familia (Título III de la Ley N° 19.968), de acuerdo al cual se debe contestar la demanda con al menos cinco días de anticipación a la audiencia preparatoria, pero por otro lado se habla de “*recibir la oposición de las partes*” en la audiencia preparatoria (literal c del inciso 2° del artículo 21), siendo la oposición un trámite típico de los procedimientos no contenciosos (artículo 823 del Código de Procedimiento Civil).

En caso que se estime que se trata de un procedimiento contencioso, una posible interpretación de sus efectos será que el solicitante debiese ser considerado como demandante, el NNA como demandado y el curador *ad litem* que se nombre deberá contestar la demanda en el plazo arriba indicado, sin perjuicio que el resto de las personas que se deben citar puedan presentar su oposición en la audiencia preparatoria.

Por lo anterior, resultaría recomendable que el proyecto aclarase si el procedimiento de declaración de adoptabilidad es de naturaleza contenciosa o no contenciosa.

1. Tribunal competente

El tribunal competente es el juzgado de familia del lugar de residencia del NNA (artículo 15). En relación con la regla de competencia absoluta, no se innova, ya que actualmente el conocimiento de los asuntos relativos a los procedimientos previos a la adopción según las reglas de la Ley N° 19.620³² se encuentra entregado a los tribunales de familia, de acuerdo a lo dispuesto en el numeral 12) del artículo 8° de la Ley N° 19.968.

Por otro lado, la regla de competencia relativa resulta favorable, pues el principal interesado y sujeto de protección en el procedimiento de adoptabilidad es, precisamente, el NNA, quien cuenta con el derecho de asistir a la audiencia preparatoria y a la audiencia de juicio y, especialmente, de ser oído en cada ocasión. La cercanía del tribunal con la

³² La Ley N° 19.620 que “*Dicta normas sobre adopción de menores*” fue promulgada con fecha 26 de julio de 1999 y publicada con fecha 05 de agosto de 1999.

residencia facilita el ejercicio de dichos derechos, pues evita largos traslados por parte de NNA.³³

2. Legitimados activos

El artículo 16 indica quienes son los sujetos que pueden iniciar el procedimiento de adoptabilidad, los cuales son los siguientes: (i) el tribunal con competencia en materia de familia, quien podrá actuar de oficio³⁴; (ii) el Servicio Nacional de Menores; (iii) un organismo acreditado nacional; (iv) la persona natural o jurídica que tenga a su cargo al NNA. Esta regla es idéntica a la que actualmente consagra el artículo 13 de la Ley N° 19.620.

En otra materia, el inciso 2° del artículo 16 indica que, en caso que el procedimiento de adoptabilidad haya sido iniciado por un organismo acreditado nacional, no será necesario que el Servicio Nacional de Menores se haga parte. *A contrario sensu*, se puede concluir que si el procedimiento ha sido iniciado por el tribunal de oficio o por quien tenga a su cargo al NNA, el Servicio Nacional de Menores siempre deberá hacerse parte. El inciso 3° del artículo 19 ordena al tribunal citar a dicho Servicio si se dan las circunstancias descritas. Ahora bien, pareciera que el hecho que el Servicio no se haga parte no conducirá a la nulidad o invalidez del procedimiento, pues, se ha previsto expresamente en el proyecto que sea imprescindible la presencia del curador *ad litem*, mas no del Servicio; luego, la regla de hacerse parte parece más bien ir dirigida a refrendar el deber del Servicio de comparecer, antes que de constituir un requisito de validez del proceso.

Por último, cabe destacar que el Servicio Nacional de Menores y los organismos acreditados nacionales pueden solicitar información sobre causas de familia, cuya información sea necesaria para individualizar al padre, madre, demás ascendientes y otros consanguíneos en línea colateral hasta el tercer grado inclusive, si se conocieren. La solicitud se debe presentar por escrito ante un juez, pero el proyecto no aclara cuál tribunal habrá de conocerla (el que conoció la causa o el que conocerá de la adoptabilidad). Tampoco se señala el procedimiento aplicable.

3. Inhabilidades para ser solicitante o tercero

³³ Al respecto, la Corte Suprema declaró en el Oficio N° 98-2015 ya señalado que: “*En materia de competencia relativa, el proyecto establece que debe conocer del asunto el juez del domicilio del niño, niña o adolescente, norma actualmente establecida en la Ley N° 19.620, lo que recoge el principio lógico que en estos procedimientos no contenciosos el principal interesado es el niño, niña o adolescente, situación que no se ve alterada por la indicación sustitutiva en análisis*” (p. 6).

³⁴ Actualmente, el juez sólo puede iniciar de oficio un procedimiento de susceptibilidad de adopción en el caso de la causal del artículo 13 de la Ley N° 19.620 (GARRIDO Chacana, Carlos Los procedimientos de adopción. Análisis Práctico. Santiago: Editorial Metropolitana, 2011. p. 114).

El artículo 17 dispone que ciertas personas no podrán ser solicitantes de la declaración de adoptabilidad ni intervenir como terceros en dicho procedimiento, en caso que hayan sido condenados por sentencia firme como autores, cómplices o encubridores, por los delitos ya señalados en la sección de requisitos generales que deben cumplir los adoptantes. Esta regla da consistencia al régimen de adoptabilidad.

4. Solicitud de declaración de adoptabilidad

El proyecto no regula en forma detallada las menciones mínimas que debe contener la solicitud de declaración de adoptabilidad, limitándose a señalar en el artículo 18 que se debe acompañar el certificado de nacimiento del NNA cuya adoptabilidad se solicita y que se deben individualizar al padre, madre, demás ascendientes y otros consanguíneos en línea colateral hasta el tercer grado inclusive, si se conocieren. Por aplicación supletoria del artículo 57 de la Ley N° 19.968, la solicitud debiese contener las menciones reguladas en el artículo 254 del Código de Procedimiento Civil.

Por último, del artículo 1° de la Ley N° 18.120 se desprende que la solicitud se deberá encontrar patrocinada por un abogado habilitado para el ejercicio de la profesión y que el solicitante deberá encontrarse debidamente representado por alguna de los sujetos enumerados en el artículo 2° de dicha ley.

5. Primera resolución

Según dispone el artículo 19, la primera resolución que se dicte en el procedimiento de adoptabilidad debe contener las siguientes menciones:

a) Citación a audiencia preparatoria. El tribunal deberá fijar día y hora para la celebración de la audiencia preparatoria, la cual gozará de preferencia en la agenda del tribunal. Además, el tribunal deberá fijar otro día y hora, en caso que la audiencia preparatoria no pueda realizarse en la primera fecha por cualquier motivo, sin que pueda existir con ésta un plazo mayor a quince días. Cabe destacar que dicha preferencia no se otorga a la audiencia de juicio, sin que se esboce una razón plausible para ello, en circunstancias que para velar por la celeridad de la tramitación sería recomendable que también contara con preferencia. Sobre el deber de fijar una segunda fecha de audiencia preparatoria, tampoco existe actualmente una regla similar.

Sobre los sujetos que deben ser citados a la audiencia preparatoria de acuerdo al inciso 2° del artículo 19, se encuentran: (i) el solicitante de declaración de adoptabilidad; (ii) el curador *ad litem*; (iii) la madre; (iv) el padre; (v) las personas que ejerzan el cuidado personal del NNA; (vi) los ascendientes; (vii) los parientes colaterales consanguíneos hasta el tercer grado, de los que se tenga conocimiento.

La parte final del inciso 2° del artículo 19 contiene una excepción a las personas que se deben citar, del siguiente tenor: “*No procederá esta citación tratándose de la causal dispuesta en el literal c) del artículo 13*”, esto es, en caso que el NNA no tenga filiación determinada respecto de padre y madre. Se debe destacar que no resulta claro la extensión de la excepción, pues resulta evidente que al solicitante y al curador *ad litem* siempre se le deberá citar, y sólo no será necesario citar a padres y parientes simplemente porque la falta de determinación de la filiación genera que, para efectos legales, no existan.

En caso que falte información sobre las personas indicadas en el inciso 2° del artículo 19 (con exclusión del solicitante y del curador *ad litem*, respecto de quienes naturalmente siempre se tendrán la información), el tribunal puede oficiar al Servicio de Registro Civil e Identificación o al Servicio Nacional de Menores. También es posible oficiar en caso que se requiera verificar la identidad de las personas cuyos datos consten en el proceso y que deben ser citadas.

En cualquier caso, los servicios indicados deben responder en un plazo máximo de cinco días hábiles. De verificarse la existencia e identidad de las personas ya indicadas y que no se encuentran señaladas en la solicitud, el tribunal deberá citarlas de oficio (inciso 5° del artículo 19). En ningún caso se deberá retardar la notificación de las personas cuya identidad y domicilio sea conocido (inciso 6° del artículo 19).

En caso que el domicilio de las personas que se deben citar no sea conocido, el tribunal podrá obtener la información desde el Poder Judicial, del Servicio de Registro Civil e Identificación y del Servicio Electoral, los cuales deberán responder en un plazo de cinco días hábiles. Cabe observar que no se señalan como posibles fuentes de información el Servicio de Impuestos Internos o el Servicio de Tesorerías, organismos que comúnmente son oficiados para efectos de obtener información sobre domicilios en los procedimientos judiciales.

Además, el inciso 1° del artículo 20 señala que “*si correspondiere*”, se podrá obtener la información de la “*autoridad señalada en el artículo 10 del decreto ley N° 1.094, de 1975, del Ministerio del Interior, que establece normas sobre extranjeros en Chile*”. Al respecto, no resulta claro del proyecto cuál sería la “*autoridad*” (en singular), pues el artículo indicado hace referencia a la Policía de Investigaciones, a Carabineros de Chile y al Ministerio del Interior.

En cualquier caso, estas normas de obtención de información se ajustan a la motivación del proyecto de dar celeridad a los procesos de adoptabilidad.

Por otro lado, el inciso 3° del artículo 19 ordena citar siempre al Servicio Nacional de Menores, en caso que la causa no haya sido iniciada o patrocinada por éste o por un organismo acreditado nacional.

- a) **Nombramiento de curador *ad litem*.** La resolución debe siempre nombrar un curador *ad litem* para el NNA respecto de quien se ha solicitado la declaración de adoptabilidad, quien debe ser un abogado perteneciente a la respectiva Corporación de Asistencia Judicial o a cualquier institución pública o privada que se dedique a la defensa, promoción o protección de los derechos de los NNA.

La presencia del curador en todas las audiencias del procedimiento de adoptabilidad resulta indispensable (inciso 5° del artículo 20). De dicha regla se concluye que la no comparecencia dará lugar a la nulidad de lo obrado. Concordantemente, en caso que el curador *ad litem* no pueda asistir a la audiencia, el tribunal de oficio debe nombrar a otra persona y ordenar su inmediata notificación (inciso 5° del artículo 20).

- b) **Notificación de la primera resolución.** El artículo 20 ordena que la primera resolución sea notificada en forma personal a la madre y al padre del NNA y a las personas a las que se les hubiere confiado el cuidado personal. A los demás, se les notificará por carta certificada. En caso que no se logre obtener la información sobre el domicilio de las personas que se deben citar, se podrá notificar por medio de avisos insertados en un diario del lugar donde se sigue la causa y o en un diario de circulación nacional y, además, en el Diario Oficial en los días uno o quince de un mes o al día hábil siguiente. El tribunal debe ordenar de inmediato dicha actuación. La notificación se entenderá practicada tres días después de la publicación (inciso 4° del artículo 20).

Estas reglas de notificación parecen adecuadas para garantizar los derechos de los interesados en el proceso, sin entorpecer de sobremanera la marcha del procedimiento.

6. Audiencia preparatoria

El artículo 21 del proyecto regula las actuaciones que se deberán realizar en la audiencia preparatoria, la cual se celebrará con las partes que asistan, sin perjuicio de la presencia obligatoria del curador *ad litem* del NNA. En síntesis, en la audiencia preparatoria se debe:

- **Información sobre la declaración de adoptabilidad.** Informar a los comparecientes sobre los alcances y consecuencias de la declaración de adoptabilidad (literal a del artículo 21).
- **Derecho del NNA a ser oído.** Permitir al NNA ejercer su derecho a ser oído y en caso que este manifiesta su negativa a que se declare su adoptabilidad, el juez podrá poner término u ordenar que siga el procedimiento por resolución fundada, tomando en consideración los antecedentes que consten en el expediente y la opinión del curador

ad litem, sin perjuicio que previamente se deberá recibir la oposición si corresponde (literal b del artículo 21).

- **El juez debe dejar constancia si el NNA ha manifestado su voluntad de ser adoptado por una madre y un padre.** Al respecto, se dan por reproducidas las observaciones ya planteadas en la sección “*Sobre los adoptantes*”.
- **Oposición a la declaración de adoptabilidad.** Recibir la oposición de las partes a la declaración de adoptabilidad, que sólo podrá fundarse en la propuesta de una vía de egreso del NNA -adecuada, concreta y próxima-, del programa de acogimiento familiar o residencial, con el fin de restituir su derecho a vivir en familia. Esta forma de entender la oposición genera que, en caso que el NNA no se encuentre sujeto a alguno de dichos programas, por regla general no podrá realizarse oposición alguna, lo que no resulta coherente con el principio de subsidiariedad que obliga a agotar las posibilidades de permanencia en la familia de origen o ampliada.
- **Aspectos probatorios.** Fijar los hechos sustanciales, pertinentes y controvertidos. El literal c) del artículo 20 señala que lo anterior se debe realizar “*cuando corresponda*”, lo que permite concluir que el tribunal podría tener por pacíficos los hechos en los cuales se basa la causal de adoptabilidad. En todo caso, no existen criterios especiales para determinar cuándo se deberá entender que los hechos son pacíficos.
- **Dictar sentencia definitiva en audiencia preparatoria.** Según se verá a propósito del análisis de la sentencia, el tribunal podrá, bajo ciertas circunstancias, dictar en la audiencia preparatoria la sentencia que declara la adoptabilidad.
- **Citación a audiencia de juicio.** El tribunal deberá fijar la fecha de la audiencia de juicio, la cual se deberá llevar a cabo dentro de los quince días siguientes de realizada la audiencia preparatoria, es decir, la mitad del tiempo que contempla el numeral 10° del artículo 61 de la Ley N° 19.968. Quienes hayan comparecido o no a esta última se entenderán notificados por el sólo ministerio de la ley, sin perjuicio que a quienes no asistieron se les deberá enviar una carta certificada.

En general, puede sostenerse que la regulación de esta audiencia parecer apropiada y suficiente.

7. Audiencia de juicio

La audiencia de juicio se deberá realizar con quienes asistan –sin perjuicio de la asistencia obligatoria del curador *ad litem* según ordena el inciso 5° del artículo 20– y en ésta se deberán rendir la prueba que se determinó en la audiencia preparatoria (inciso 1° del artículo 23). El inciso 2° del artículo 23 faculta al tribunal a realizar la audiencia de juicio aun cuando no se hayan recibido los informes u otras prueba decretadas, siempre y

cuando estime que los antecedentes con los que cuenta con suficientes para formar convicción.

En caso que se deduzca oposición el tribunal, si considera idónea la medida de egreso basada en alternativas de cuidado personal del NNA, podrá decretarla y ordenará suspender el procedimiento y la prohibición de salida del país de aquél, fijando un periodo de seguimiento de seis meses, el cual tendrá por objeto verificar que se ha alcanzado el restablecimiento el derecho de NNA a vivir y desarrollarse en el seno de una familia. En caso contrario, deberá dictar sentencia definitiva (artículos 23 y 24). Esta es una modalidad novedosa y positiva para la consecución del principio de subsidiariedad.

De cumplirse los objetivos señalados en el periodo de seis meses, el tribunal deberá rechazar la solicitud de declaración de adoptabilidad y entregar el cuidado personal del NNA a las personas que lo estén ejerciendo. En caso contrario, deberá citar a una nueva audiencia de juicio, resolución que deberá ser notificada personalmente o, en subsidio, por carta certificada (inciso 2° del artículo 24). En atención a la importancia de los asuntos que se discutirán en la audiencia de juicio, la notificación en forma personal pareciera la más idónea, pues es la que permite constatar de mejor forma que se ha tomado conocimiento de la citación.

8. Sentencia

El proyecto no regula en forma especial el contenido de la sentencia. Por lo anterior, se deberá estar a lo dispuesto en el artículo 66 de la Ley N° 19.968.

En materia de convicción, se debe tener presente que el artículo 22 del proyecto señala que se presumirá legalmente la efectividad de la causal de adoptabilidad si uno o ambos padres o quien ejerza el cuidado personal del NNA, se nieguen injustificadamente a la realización de exámenes o pericias decretadas en la audiencia preparatoria. De modo similar, en relación con la oposición, está se deberá rechazar siempre que los ascendientes u otros parientes que la plantearon se negaren injustificadamente a practicar dichos exámenes o pericias.

Sobre la oportunidad en la cual se deberá dictar la sentencia definitiva, el proyecto señala que se podrá efectuar en la audiencia preparatoria, en caso que no se deduzca oposición a la declaración de adoptabilidad, el tribunal estimare que cuenta con los antecedentes necesarios para formar convicción, se haya oído al NNA en audiencia confidencial y se haya contado con la opinión del curador *ad litem*. Si bien dicha regla permite reducir el tiempo de tramitación del procedimiento de adoptabilidad, se debe tener en cuenta que los efectos de esta última son de entidad considerable, según ya se vio, lo cual hace aconsejable que el tribunal cuente con todos los antecedentes posibles antes de declarar la adoptabilidad, no sólo los que se le entregan con la solicitud y en la audiencia preparatoria, pues antecedentes tales como las pericias y exámenes

posteriores a los que se refiere el artículo 22, podrían cambiar la convicción del juez. Al respecto, el artículo 21 de la Convención Sobre Derechos del Niño ordena a los Estados velar que las decisiones relacionadas con la adopción se tomen en base a toda la información pertinente y fidedigna.

9. Recursos que proceden en contra de la sentencia definitiva

De conformidad con lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 3° y el artículo 26 del proyecto en relación con el inciso 2° del artículo 14, se puede concluir que se deberán aplicar las reglas generales de recursos contenidas en la Título III de la Ley N° 19.968, con ciertas particularidades que se detallan a continuación.

Se debe tener en cuenta que, en conformidad con lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 26, las causas de adoptabilidad gozarán de preferencia para su vista y fallo. Dicha regla será aplicable también a los procedimientos de adopción, según lo señalado en el inciso 2° del artículo 14.

Recurso de apelación: En cuanto a los efectos en que se deberá conceder el recurso de apelación, el inciso 2° del artículo 26 señala expresamente que lo será en ambos efectos.

Recurso de casación en la forma: En cuanto a los efectos de la interposición del recurso, cabe destacar que la regla contenida en el inciso 1° del artículo 773 del Código de Procedimiento Civil, en virtud de cual el recurso de casación no suspende la ejecución, no será aplicable a la sentencia de adoptabilidad, la cual por expresa disposición del inciso 1° de artículo 27 del proyecto sólo producirá efectos una vez que se encuentre ejecutoriada.

10. Inicio de un nuevo procedimiento de adoptabilidad

En esta materia se introducen innovaciones que pretenden dar un tratamiento más eficiente al derecho del NNA a vivir en una familia. Se trata de la reapertura del procedimiento de adoptabilidad. En efecto, en caso que se rechace la adoptabilidad y que en forma posterior no se verifique el restablecimiento del derecho del NNA a vivir y desarrollarse en el seno de una familia dentro del plazo de tres meses contado desde la ejecutoriedad de la sentencia, el tribunal dará inicio a uno nuevo, de oficio o a petición del Servicio Nacional de Menores o el organismo acreditado nacional que patrocinó el procedimiento de adoptabilidad (inciso 1° del artículo 25).

También dará lugar al inicio de un nuevo procedimiento de adoptabilidad en caso que el NNA reingrese a una residencia o programa de acogimiento familiar (inciso 2° del artículo 25).

En ambos casos, el tribunal deberá citar personalmente o por carta certificada a una nueva audiencia preparatoria a quienes hayan deducido oposición en el anterior

procedimiento de adoptabilidad. En relación con la notificación por carta certificada, se aplican las mismas consideraciones ya señaladas anteriormente. La finalidad de dicha audiencia será constatar la situación actual del NNA y la configuración de la causal de adoptabilidad. En el resto, se seguirá el procedimiento ordinario.

Vigésimo tercero. PROCEDIMIENTO DE ADOPTABILIDAD POR ENTREGA VOLUNTARIA CON FINES DE ADOPCIÓN

El párrafo 4° del Título III contiene reglas especiales para la declaración de adoptabilidad que se funde en la causal contenida en el literal b) del artículo 13, esto es, manifestación en forma libre y espontánea de la intención de entregar a un niño o niña en adopción.

En cuanto a las reglas generales, el procedimiento se divide en tres etapas: (i) la solicitud; (ii) la audiencia preliminar; y (iii) la audiencia de ratificación.

1. Solicitud

A diferencia del resto de las causales, para dar inicio al procedimiento la madre, el padre o ambos necesariamente deberán encontrarse patrocinados por el Servicio Nacional de Menores o algún organismo acreditado nacional, quienes además deberán emitir un informe que dé cuenta del proceso de orientación y apoyo brindado a los primeros (inciso 2° del artículo 30 en relación con el inciso 1° del artículo 33).

Si bien el inciso 1° del artículo 30 señala que el procedimiento sólo se podrá iniciar después del nacimiento del niño o niña, el artículo 32 permite que se manifieste ante el tribunal la intención de entregarlo antes que nazca, caso en el cual al menos la madre deberá ser manifestante, lo cual también permite el actual artículo 10 de la Ley N° 19.620. En tal caso, el procedimiento queda suspendido hasta que se produzca el nacimiento, luego de lo cual los solicitantes contarán con un plazo de diez días hábiles para entregar al tribunal el certificado de nacimiento, luego de lo cual este último deberá citar a audiencia de ratificación tanto al o los solicitantes como al padre o madre no solicitante.

Se hace presente que, en atención a que el consentimiento no se otorgará sino una vez que la manifestación de entregar sea ratificada, lo anterior no incumple lo dispuesto en el número 4 del literal c) del artículo 4° del Convenio relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional³⁵.

2. Audiencia preliminar

³⁵ “Las adopciones consideradas por el Convenio solo pueden tener lugar cuando las Autoridades competentes del Estado de origen: [...]c) se han asegurado de que [...]4) el consentimiento de la madre, cuando sea exigido, se ha dado únicamente después del nacimiento del niño”.

El tribunal debe efectuar una audiencia preliminar el día siguiente hábil de recibida la solicitud. Al respecto, se observa que dicha regla es difícil de cumplir por cuestiones prácticas que dicen relación con la inminente coordinación y citación de los solicitantes dentro de ese plazo. Además, se puede observar que no se ordena expresamente citar a otras personas que no sea el o los solicitantes, sin que resulte claro que se deba aplicar supletoriamente el artículo 20 y citar a las personas que dicho precepto indica, pues ello implicaría la comparecencia de todas ellas al día siguiente al tribunal, lo cual el proyecto parece no considerar y, además, el inciso 4° del artículo 33 sólo permite la oposición del padre o madre no solicitante y los ascendientes hasta el segundo grado. Al respecto, se hace presente que actualmente el artículo 9° de la Ley N° 19.620 ordena citar al otro padre o madre³⁶.

El problema indicado no es de menor importancia, en particular respecto de la citación del padre o madre que no ha manifestado la voluntad de entregar al niño o niña en adopción.

En cuanto a las actuaciones que se deben realizar en la audiencia preliminar, éstas son las siguientes:

- **Manifestación de intención de entregar en adopción.** El o los solicitantes deberán manifestar su voluntad de entregar en adopción al niño o niña (numeral 1° del artículo 30).
- **Información relativa a la retractación.** El tribunal deberá informar al o los solicitantes que pueden retractarse de su manifestación, hasta la realización de la audiencia de ratificación (artículos 31 N° 2 y 34). La retractación es un derecho irrenunciable (parte final del inciso 1° del artículo 34).
- **Citación a audiencia de ratificación.** El tribunal deberá citar a audiencia de ratificación al o los solicitantes, la cual se deberá celebrar no antes de treinta días ni después de treinta y cinco días hábiles, contados desde la audiencia preliminar (numeral 2° del artículo 30).

En caso de muerte o imposibilidad de manifestar voluntad de la madre o padre que no ha declarado su intención de entregar en adopción al niño o niña, el tribunal podrá citar a la audiencia de ratificación a los ascendientes hasta el segundo grado de consanguinidad, es decir, a las abuelas y abuelos.

3. Audiencia de ratificación

En dicha audiencia el o los solicitantes deberán ratificar su intención de entregar en adopción a su hijo o hija. De ratificarse la intención y de no existir oposición, el tribunal

³⁶ COURT y WEGNER (2011), p. 10.

deberá resolver en base de dicha declaración y el informe que deberá emitir el Servicio Nacional de Menores o un organismo acreditado nacional.

En caso que no concurren, el tribunal podrá: (i) presumir que existe ratificación tácita, de lo cual deberá dejar constancia (artículos 30 y 33); o (ii) citar a una nueva audiencia de ratificación, la cual se deberá realizar en el plazo más breve posible y, en cualquier caso, dentro del plazo de quince días contado desde la fecha en que se debió realizar la primera. En este último caso, el derecho a retractarse se entenderá prorrogado hasta que se celebre la nueva audiencia (numeral 2° del artículo 31).

En caso que el o los solicitantes se retracten, el tribunal deberá resolver respecto de declarar o no la adoptabilidad, en base a los fundamentos y seriedad de la retractación, así como del informe que deberá emitir el Servicio Nacional de Menores o un organismo acreditado nacional.

En caso que el tribunal lo estime necesario, podrá solicitar que el informe indicado sea ampliado o podrá decretar medidas de prueba, para lo cual deberá citar a una audiencia de juicio, la cual se deberá realizar dentro de los quince días siguientes.

En cualquier caso, la retractación no genera el egreso automático del niño o niña de una residencia o programa de acogimiento familiar (artículo 34). En caso que se ordene el egreso, el inciso 3° del artículo 34 ordena que se realice un seguimiento de parte del Servicio por un plazo no inferior a doce meses. Ahora bien, el proyecto no señala en forma expresa qué ocurrirá luego de dicho plazo o qué se podría resolver de recabar informes desfavorables. Una solución posible es aplicar supletoriamente lo dispuesto en el artículo 24 (rechazo o nueva audiencia de juicio).

De existir oposición a la solicitud de declaración de adoptabilidad, la cual sólo podrá provenir de la madre o el padre que no manifestó la intención de entregar en adopción, o de los ascendientes hasta el segundo grado en caso que deban ser citados, se aplicará el procedimiento ordinario de adoptabilidad.

b) PROCEDIMIENTO EXCEPCIONAL POSTERIOR A LA ADOPCIÓN

En conformidad a lo previsto en el artículo 49, en caso que se haya constituido la adopción por sentencia ejecutoriada, ello no obstará a que se dé inicio a un nuevo procedimiento de declaración de adoptabilidad, en conformidad con las reglas generales, en caso que concurren cualquiera de las causales contempladas en el artículo 13 (imposibilidad de hacerse cargo, abandono, etc.), salvo la de su letra c). En este caso el procedimiento contará con algunas modificaciones, a saber: i) a la audiencia preparatoria sólo se deberá citar al solicitante, al curador *ad litem* y al o los padres adoptivos. Como se puede observar, no se debe citar a ningún otro pariente adoptivo del menor, lo cual podría afectar su derecho de vivir en el seno de su familia; ii) la sentencia definitiva será apelable sólo en el efecto devolutivo, en virtud de lo cual la que declare la adoptabilidad causará

ejecutoria y se podrá cumplir una vez notificada. Al respecto, se debe tener presente que lo anterior implica el cese inmediato del cuidado personal y la relación directa y regular del NNA con sus padres, familia extensa y quienes hayan podido contar su cuidado (artículo 27), lo cual podría afectar el derecho del NNA a relacionarse con su familia, lo que resulta evidentemente grave en casos en que la adopción ocurrió a temprana edad; iii) una vez notificada al menos a una de las partes la sentencia que declara la adoptabilidad —es decir, que opere el desasimio del tribunal—, el tribunal podrá resolver sobre el cuidado personal del NNA, a diferencia de lo dispuesto en el artículo 28, que por regla general exige la ejecutoriedad; iv) en caso que se rechace la adoptabilidad y no se verifique el restablecimiento del derecho del NNA a vivir y desarrollarse en el seno de una familia, dentro del plazo de un mes contado desde la ejecutoriedad de la sentencia, el tribunal dará inicio a uno nuevo, de oficio o a petición del Servicio Nacional de Menores o el organismo acreditado nacional que patrocinó el procedimiento de adoptabilidad.

Vigésimo cuarto. PROCEDIMIENTO DE ADOPTABILIDAD APLICABLE A LA ADOPCIÓN POR INTEGRACIÓN

En dicho procedimiento sólo será aplicable la causal de adoptabilidad contemplada en el literal e) del artículo 13 y lo deberán iniciar el padre o madre del NNA y su cónyuge o conviviente civil, conjuntamente (art. 63 y 64, letra a).

En caso que el NNA sólo cuente con filiación determinada respecto del padre o madre que solicita la adopción por integración, no será necesario declarar la adoptabilidad, ya que se procederá directamente al procedimiento de adopción.

En caso que la filiación se encuentre determinada respecto de ambos padres, se aplicarán las reglas del procedimiento ordinario de declaración de adoptabilidad, con las siguientes modificaciones: (i) el tribunal deberá citar al padre, madre o personas que tengan el cuidado personal del NNA, respecto de los cuales se alega abandono; y (ii) el tribunal podrá citar a los ascendientes y colaterales del NNA hasta el tercer grado inclusive, a diferencia de la regla general según la cual dicha citación es obligatoria. La presencia de dichas personas en el procedimiento tendrá como única finalidad que el juez forme su convicción. En ningún caso podrán deducir una oposición a la declaración de adoptabilidad.

Vigésimo quinto. CUIDADO PERSONAL POSTERIOR A LA DECLARACIÓN DE ADOPTABILIDAD

El artículo 28 contiene las reglas sobre la entrega del cuidado personal del NNA declarado adoptable por sentencia ejecutoriada. El proyecto no señala en forma expresa cuál tribunal será competente ni si el procedimiento será contencioso o no contencioso.

En tal sentido sería aconsejable ceñirse a lo que en la materia específica el artículo 19 de la ley actual.

En síntesis, aquí la idea es que las personas que han sido seleccionadas como alternativa de familia adoptiva por el Servicio Nacional de Menores o un organismo acreditado nacional, podrán requerir al tribunal el cuidado personal del NNA respectivo. El proyecto no señala cómo se deberá seleccionar a dicha familia³⁷, sin embargo, debe recordarse lo que antes se ha dicho en relación a que no debe haber discriminación en los procesos de selección.

La solicitud debe ir acompañada de un informe emitido por las entidades señaladas, el cual deberá contar con el contenido mínimo indicado en el artículo 28 ya mencionado.

Vigésimo sexto. PROCEDIMIENTO DE ADOPCIÓN NACIONAL

a) ASPECTOS GENERALES

El artículo 35 declara expresamente que el procedimiento de adopción tiene la finalidad de velar por el derecho del NNA de vivir y desarrollarse en el seno de una familia, cualquiera sea su composición, en consonancia con lo señalado en el artículo 1°.

Por su parte, el inciso 3° del artículo 35 señala que la naturaleza del procedimiento de adopción es no contenciosa y que sólo se aceptará la oposición fundada en haberse incurrido en las prohibiciones a las que se refiere el artículo 68, las cuales se analizan en la parte final de este informe.

Respecto de los NNA que cuenten con la calidad de indígenas, el proceso de adopción deberá velar por la promoción y protección de su derecho a vivir de acuerdo con su propia cultura, religión e idioma.

Como ya se indicó, se aplicarán supletoriamente al procedimiento de adopción nacional las reglas del procedimiento ordinario de adoptabilidad y, en caso que sea necesario, por las reglas de los Títulos I y III de la Ley N° 19.968.

Vigésimo séptimo. PROCEDIMIENTO ORDINARIO

1. Tribunal competente

³⁷ En un tema relacionado, se debe notar que una de las críticas que se han realizado a la actual Ley N° 19.620 consisten en que no existen criterios que permitan determinar un orden de preferencia entre posibles matrimonios adoptantes, lo cual no se encuentra solucionado en el proyecto, y que sólo en ausencia de éstos se dará preferencia a los consanguíneos (CAMPILAY Fernández, Jordan. La adopción y los nuevos tribunales de Familia. Santiago: Librotecnia, 2005. pp. 115-116).

El inciso 1° del artículo 41 otorga, como regla general, competencia para conocer del procedimiento de adopción al tribunal de familia que dictó la sentencia de declaración de adoptabilidad. Se debe recordar que, de acuerdo al artículo 16, el tribunal competente para conocer de la declaración de adoptabilidad es el del lugar de residencia del NNA. En caso que dicho lugar de residencia haya cambiado y que el tribunal de dicho territorio dependa de una Corte de Apelaciones diversa a la del juzgado que declaró la adoptabilidad, el inciso 2° del artículo 41 permite que el procedimiento de adopción sea tramitado ante el tribunal con competencia de familia en el lugar de residencia del NNA. Para efectos de lo señalado, se entenderá que los tribunales de los territorios jurisdiccionales de las Cortes de Apelaciones de Santiago y San Miguel dependen de una misma corte.

Cabe destacar que, en el caso que se den las circunstancias que permiten que un tribunal distinto al que declaró la adoptabilidad conozca del procedimiento de adopción, estaremos frente a un caso en que dos tribunales son competentes a un mismo tiempo, pues el inciso 2° del artículo 41 dispone que éste procedimiento “se **podrá tramitar**” ante un tribunal distinto, es decir, el solicitante podría elegir, por lo que resultaría aplicable lo dispuesto en el artículo 112³⁸ del Código Orgánico de Tribunales.

Al respecto, en atención a la opinión otorgada por esta Corte Suprema en septiembre de 2015 (Oficio N° 98-2015) ya citado, y con el objeto de velar por el interés superior del NNA, se recomienda que el tribunal ante quien se tramite el procedimiento de adopción sea el del domicilio de este último, teniendo en especial consideración que el NNA debe asistir a las audiencias del procedimiento.

2. Legitimados activos

El artículo 42 señala que el procedimiento de adopción podrá ser iniciado por el o los adoptantes, por el Servicio Nacional de Menores o por un organismo acreditado nacional.

Se debe hacer presente que el proyecto no contiene reglas que permitan determinar quiénes podrán ser adoptantes del menor ni cómo éstos podrán acceder a los antecedentes reservados del procedimiento de adoptabilidad. Al respecto, el proyecto se limita a señalar que el Servicio Nacional de Menores diseñará el programa de adopción y

³⁸ “Siempre que según la ley fueren competentes para conocer de un mismo asunto dos o más tribunales, ninguno de ellos podrá excusarse del conocimiento bajo el pretexto de haber otros tribunales que puedan conocer del mismo asunto; pero el que haya prevenido en el conocimiento excluye a los demás, los cuales cesan desde entonces de ser competentes”.

que éste incluirá las acciones destinadas a la formación, preparación y acompañamiento de quien o quienes soliciten ser adoptantes.

Sobre el rol del Servicio indicado y de los organismos acreditados nacionales en el inicio del procedimiento de adopción, el artículo 29 les ordena presentar la solicitud dentro de un plazo máximo de tres meses, contados desde la fecha en que la sentencia de declaración de adoptabilidad quedó firme. Dicho plazo podrá prorrogarse por tres meses adicionales por resolución judicial, previo informe de la entidad respectiva.

Por su parte, el inciso 2° del artículo 29 ordena al tribunal certificar inmediatamente la falta de inicio del procedimiento de adopción, oficiar a la entidad correspondiente para que presente la solicitud de adopción bajo apercibimiento de archivo y oficiar al Director del Servicio Nacional de Menores para los fines correspondientes, los cuales sin embargo, no son explicitados.

En virtud de lo dispuesto en el inciso 1° del artículo 41 y el hecho que se podrían archivar los antecedentes, se puede concluir que la solicitud de prórroga del plazo y la certificación indicada, se tramitarán ante el tribunal que conoció del procedimiento de adoptabilidad.

3. Solicitud de adopción

En cuanto a los documentos que se deben acompañar, estos son los siguientes: (i) copia auténtica de la inscripción de nacimiento de NNA cuya adopción se solicita; (ii) copia autorizada de la sentencia ejecutoriada de adoptabilidad; y (iii) certificado de condiciones necesarias para la adopción del artículo 39.

Junto con la solicitud de adopción, los adoptantes podrán requerir, si no lo tuvieren, el cuidado personal del NNA, la cual será resuelta por el tribunal en la audiencia preparatoria o en la audiencia de juicio (inciso 4° del artículo 42), sin perjuicio que en cualquier etapa del procedimiento el tribunal se encuentra facultado para poner término al cuidado que se les confiera (artículo 45).

4. Primeras actuaciones

El tribunal, luego de declarar la admisibilidad de la solicitud, deberá ordenar: (i) agregar los antecedentes del procedimiento de adoptabilidad y, en caso que no sea el tribunal que la declaró, requerirlos en la forma que se indicará a continuación; (ii) designar un curador *ad litem* para el NNA; (iii) citar a los solicitantes, al curador *ad litem* y al NNA a audiencia preparatoria.

La audiencia preparatoria se debe llevar a cabo dentro de los diez días hábiles siguientes al de la declaración de admisibilidad de la solicitud. Por aplicación supletoria

del artículo 19, el tribunal deberá agendar una segunda fecha y hora en caso que la audiencia no se realice.

La notificación de la citación a audiencia preparatoria se deberá realizar en forma personal a los solicitantes y al curador *ad litem*. Dado el plazo máximo que puede existir entre la admisibilidad y la audiencia preparatoria, no resultará aplicable la regla de antelación de la notificación del artículo 59 de la Ley N° 19.968. Por ello, para velar que exista un período suficiente de preparación y recopilación de antecedentes, se recomienda incluir una regla especial de antelación.

De ser aplicable la excepción a la regla general de competencia, el tribunal ante quien se presente la solicitud deberá requerir del tribunal que conoció del juicio de adoptabilidad todos los autos y piezas de dicha causa, quien deberá enviarlos a la brevedad por la vía más expedita.

En relación con el punto anterior, dada la aplicación de la Ley N° 20.886³⁹ a las causas de los que conocen los juzgados de familia en virtud de su artículo 1° y del artículo 5° del Código Orgánico de Tribunales, la referencia a “*autos y piezas de la causa*” se debiese entender hecha a la carpeta electrónica mencionada en el artículo 29 del Código de Procedimiento Civil y la forma de remisión será la señalada en el inciso 3° del artículo 37 del mismo código, esto es, a través de la Oficina Judicial Virtual.

5. Audiencia preparatoria

Las actuaciones que se deben realizar en la audiencia preparatoria se encuentran reguladas en el artículo 44 y son las siguientes: **Información sobre la adopción.** El tribunal debe informar a los comparecientes sobre los efectos de la adopción; **Derecho del NNA a ser oído.** El tribunal deberá consultar al NNA, en presencia de su curador *ad litem*, su parecer respecto de la solicitud de adopción; La adopción del adolescente sólo procederá en caso que éste asienta en forma expresa. En caso que el adolescente manifieste su negativa a ser adoptado, el procedimiento concluirá de inmediato.⁴⁰ En caso que no manifiesta voluntad alguna, el tribunal podrá decidir continuar o terminar el procedimiento, mediante resolución fundada. En el caso de los niños o niñas, ante su negativa el tribunal deberá decidir, por resolución fundada, si el procedimiento concluye o continúa. En caso que el niño o niña manifieste durante el proceso nuevamente su negativa, el juez le podrá poner término; **Ofrecer antecedentes.** Los comparecientes

³⁹ La Ley N° 20.886 que “*Modifica el Código de Procedimiento Civil, para establecer la tramitación digital de los procedimientos judiciales*” fue promulgada con fecha 14 de diciembre de 2015 y publicada con fecha 18 de diciembre de 2015.

⁴⁰ Una de las críticas que se ha realizado a la Ley N° 19.620 consiste en que el procedimiento pueda continuar pese a la negativa del menor adulto (CAMPILLAY (2005), p. 116).

deberán ofrecer al tribunal los antecedentes que permitan acreditar los beneficios de la adopción; **Diligencias adicionales.** El tribunal podrá decretar que se realicen diligencias adicionales para mejor resolver la solicitud de adopción, de las cuales se dará cuenta en la audiencia de juicio. La finalidad de dichas medidas será orientar la decisión del juez hacia la mayor realización material y espiritual del NNA; **Pronunciamiento sobre el cuidado personal.** En este punto, se aplican las observaciones desarrolladas a propósito de la solicitud de adopción; **Citación a audiencia de juicio.** En caso que el tribunal no dicte la sentencia definitiva en la audiencia preparatoria –según se explicara al momento de analizar aquella–, se deberá citar a audiencia de juicio, la cual se deberá celebrar dentro de los diez días siguientes a la audiencia preparatoria, quedando citados los comparecientes por el sólo ministerio de la ley.

6. Audiencia de juicio

La audiencia de juicio se desarrollará de acuerdo a las reglas contenidas en los artículos 63, 63 bis y 64 de la Ley N° 19.968. En síntesis, lo anterior significa que la audiencia se realizará en un solo acto, pero podrá prolongarse en sesiones sucesivas de ser necesario y que se deberá recibir la prueba ofrecida y la decretada por el tribunal en la audiencia preparatoria.

7. Sentencia

El inciso 2° del artículo 46 contiene reglas de formación de convicción. En particular, se ordena al tribunal tener en consideración sólo los antecedentes que consten en el expediente, lo cual se encuentra en consonancia con lo dispuesto en el artículo 160 del Código de Procedimiento Civil. Asimismo, se ordena al juez tener en especial consideración el certificado de condiciones para adoptar del artículo 39 y los criterios consistentes en la estabilidad y antigüedad de la relación de los solicitantes.

Por último, la decisión del tribunal deberá tener por finalidad velar por el derecho del NNA a *“a vivir y desarrollarse en un ambiente familiar que le brinde afecto y le procure los cuidados tendientes a satisfacer sus necesidades espirituales y materiales, debiendo resguardar siempre el interés superior [...]”*.

En conformidad con lo dispuesto en el inciso 2° del artículo 44, el tribunal podrá dictar la sentencia definitiva en la audiencia preparatoria, en caso que se hayan acreditado las ventajas y beneficios de la adopción. Del tenor de la regla, se puede concluir que dicho inciso 2° se refiere a la sentencia que acoge la solicitud de adopción.

Por su parte, el artículo 47 regula ciertas actuaciones administrativas que el tribunal deberá ordenar en caso que acoja la adopción, destinadas a modificar los registros en los cuales aparezca el NNA para dar cuenta de su nueva filiación, que llevan

el Servicio de Registro Civil e Identificación, el Servicio Nacional de Menores, el Ministerio de Educación y el Ministerio de Salud. Igualmente, se deberá oficiar a todo otro organismo público o privado en el cual se puede encontrar registrado el NNA. En particular, destacan los cambios de los registros que se deben efectuar ante el Servicio de Registro Civil, esto es, realizar una nueva inscripción de nacimiento y cancelar la antigua.

Por último, en la sentencia que acoja la adopción se deberá dejar constancia de la opinión manifestada por el NNA y los motivos que tuvo el juez para decidir a favor o en contra de ésta (inciso 2° del artículo 47). Por otro lado, ante el rechazo de la solicitud de adopción, cesará de pleno derecho el cuidado personal que puedan estar ejerciendo los solicitantes.

8. Recursos que proceden en contra de la sentencia definitiva de adopción

Al igual que en el procedimiento de adoptabilidad, se deberán aplicar las reglas generales de recursos contenidas en la Título III de la Ley N° 19.968, con ciertas particularidades que se detallan a continuación.

En cuanto a los efectos en que se deberá conceder el recurso de apelación, no cabe sino concluir que será en ambos efectos –devolutivo y suspensivo- en atención a que el numeral 3° indicado lo concede de dicha forma en los asuntos sobre constitución o modificación del estado civil de las personas.

Recurso de casación en la forma. Se aplican las mismas observaciones ya realizadas respecto del procedimiento ordinario de adoptabilidad. Asimismo, se recomienda aclarar que se podrá recurrir en contra de la sentencia que no contenga las menciones especiales indicadas en el artículo 47 del proyecto.

En cuanto a los efectos de la interposición del recurso, también se aplican las mismas observaciones ya realizadas a propósito del procedimiento ordinario de adoptabilidad.

Vigésimo octavo. PROCEDIMIENTO DE ADOPCIÓN POR INTEGRACIÓN

Se deberán aplicar las reglas generales del procedimiento de adopción nacional, con las modificaciones que sean procedentes, según ya se analizó a propósito de la causal de adoptabilidad del literal e) del artículo 13 y el procedimiento de declaración de ésta.

Vigésimo noveno. PROCEDIMIENTO DE ADOPCIÓN DE MAYORES DE EDAD

El artículo 51 contiene reglas especiales aplicables al procedimiento de adopción de mayores de edad. En síntesis, se debe iniciar en forma conjunta por quienes deseen adoptar y por quien desee ser adoptado, no será necesaria la certificación de condiciones

necesarias para adoptar y no se deberá designar un curador *ad litem*. En el resto, se deberá aplicar el procedimiento ordinario de adopción.

Trigésimo. ADOPCIÓN INTERNACIONAL

PROCEDIMIENTO DE ADOPCIÓN INTERNACIONAL DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES RESIDENTES EN CHILE

La principal y más relevante observación respecto a los Procedimientos de Adopción Internacional (Título IV) radica en constatar serias deficiencias que presenta el proyecto de ley en este punto, específicamente, en relación al procedimiento del Párrafo 2°, sobre Adopción de NNA residentes en Chile por personas residentes en el extranjero. Estas deficiencias alcanzan dos dimensiones:

- No se establece ningún aspecto relevante en relación a la tramitación judicial de la adopción internacional de NNA residentes en Chile por parte residentes en el extranjero, esto es, no se indica el tribunal competente; no se señala reglas procesales aplicables⁴¹; no se determina los sujetos con legitimación activa para iniciar el juicio, ni su forma de inicio, ni el carácter del mismo; tampoco se refiere a la primera resolución o primeras actuaciones que debe adoptar el tribunal; no se contempla audiencias (preparatoria o de juicio) ni su objeto; omite señalar el contenido de la sentencia definitiva y omite fijar un régimen de impugnación de las resoluciones del procedimiento.
- Este vacío del proyecto podría no revestir la gravedad que se reprocha si el Título IV (adopción internacional) o su Párrafo 2° (de NNA residentes en Chile) dispusieran una regla que determine la aplicación supletoria de las reglas procesales de la adopción nacional (Título III, Párrafo 2°). Sin embargo, el Título IV carece de esta regla, procediendo la aplicación supletoria de otro procedimiento: el de adoptabilidad (según lo dispuesto en los Títulos I y II). Dada la actual propuesta de redacción del proyecto y atendido lo dispuesto en sus artículos 14⁴² y 3⁴³, entonces no queda más que concluir que al procedimiento de adopción internacional le son aplicables **no** las reglas procesales de la adopción, que serían pertinentes, sino aquellas establecidas para el procedimiento ordinario de adoptabilidad. Cuestión que por razones lógicas y sistemáticas no resulta

⁴¹ El art. 53 se refiere a la legislación aplicable señalando que corresponde a la del párrafo 2° y las convenciones internacionales ratificadas por Chile, vigentes y en especial, el Convenio. Sin embargo, como se verá, la normativa indicada es, en cuanto a lo procesal, del todo insuficiente.

⁴² Art. 14 inc. final: “Las disposiciones contenidas en este Párrafo [2° sobre Procedimiento Ordinario, Título II: Procedimientos de adoptabilidad] serán aplicables a los otros procedimientos de adoptabilidad y adopción contenidos en esta ley, a menos que resulten incompatibles con la regulación de estos. Todo lo anterior se entiende sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso final del artículo 3°”.

⁴³ Artículo 3° inc. final: “En lo relativo a la ley procesal aplicable, se estará, además, a lo dispuesto en los Títulos II, III, IV y V de esta ley. En subsidio de las normas referidas, serán aplicables las disposiciones contenidas en los Títulos I y III de la ley N° 19.968”.

coherente, puesto que el proyecto establece un procedimiento de adopción que se adecúa de mejor modo –por su finalidad y estructura– al procedimiento de adopción internacional, lo que no ocurre con el procedimiento de adoptabilidad.

El vacío del texto se verifica de su sola lectura: el proyecto salta “De la postulación a adopción” (en sede administrativa) del artículo 56, a los “Trámites posteriores a la sentencia de adopción” del artículo 57, sin hacer referencia alguna al tribunal que dicta dicha sentencia, ni al procedimiento en cuya tramitación se funda.

En efecto, el artículo 56 regula la postulación a adopción ante la autoridad competente de los Estados de recepción y de origen, debiendo en su oportunidad el Servicio o el organismo acreditado nacional emitir “un informe técnico-jurídico”⁴⁴. El informe favorable no implica pronunciamiento alguno respecto a la adopción, sino que simplemente coloca al o los postulantes en el registro de adoptantes. Sin embargo, el resto de la regulación del párrafo 2° del Título IV, supone que la adopción ya se otorgó por “sentencia” y los artículos 57 y 58 se limitan a regular los efectos de la adopción, su posible nulidad y los trámites posteriores a su ejecutoriedad –ahora sí– por expresa referencia a las normas de la adopción nacional.

De este modo, se advierte que en cuanto al tribunal competente, a la legitimación activa y a la forma de inicio del procedimiento, a las primeras actuaciones del tribunal y al contenido y efectos del fallo de adopción, el proyecto presenta un vacío para el procedimiento de adopción internacional del Párrafo 2° del Título IV (NNA residentes en Chile), lo que, como ya indicamos, implica que resulta aplicable lo dispuesto para el procedimiento de adoptabilidad (artículos 14 y 3).

Este vacío y la falta de remisión a las reglas de la adopción nacional no se presentaban en la redacción original del proyecto (el Mensaje 206-361), de modo que parece verosímil que se trata de un error no advertido en la tramitación del proyecto. En efecto, el primitivo artículo 47 del Mensaje, ubicado entre los preceptos que hoy –con algunas variaciones– son los artículos 56 y 57 del actual proyecto, disponía la aplicación de las reglas procesales del procedimiento de adopción nacional, con las modificaciones que el mismo artículo indicaba⁴⁵.

⁴⁴ “informe técnico-jurídico sobre el cumplimiento de las exigencias contenidas en la presente ley y los convenios internacionales aplicables y, en su caso, procederá a certificar que los postulantes cuentan con las condiciones generales para la adopción” (artículo 56 inciso penúltimo).

⁴⁵ “[...] la adopción será tramitada ante el tribunal con competencia en materias de familia del domicilio de la niña, niño o adolescente, de acuerdo al procedimiento regulado en el Párrafo 2° del Título IV [actual Título III], con las modificaciones que a continuación se indican: a) En el caso de los solicitantes, deberá tenerse a la vista la documentación exigida por el artículo 46 [actual 56]. b) La identidad de los solicitantes podrá acreditarse mediante un certificado otorgado por el Consulado de Chile en el país respectivo, sujeto, en todo caso, a ratificación ante el tribunal, una vez que debiesen comparecer personalmente los solicitantes. c) La solicitud de adopción deberá ser patrocinada por el Servicio o un organismo acreditado nacional o autorizado extranjero. d) El tribunal podrá autorizar que la niña, niño o adolescente que se pretende adoptar

La ausencia de una regla equivalente en la redacción actual es compleja, pues la aplicación de las reglas del procedimiento de adoptabilidad a un procedimiento de adopción internacional genera resultados incoherentes con la misma ley propuesta e incompatibles con su regulación, dado que hay importantes diferencias entre la estructura y lógica interna de la tramitación de uno y otro procedimiento (adoptabilidad y adopción).

Lo anterior se aprecia, por ejemplo, en relación al tribunal competente⁴⁶ o a la legitimidad activa⁴⁷ y forma de iniciar los procedimientos⁴⁸. De igual modo, el contenido y los efectos de la sentencia definitiva son distintos e incompatibles tratándose de la adoptabilidad, por una parte, y de la adopción, por otra⁴⁹.

Cabe agregar que el artículo 53 señala la legislación aplicable a la adopción de NNA residentes en Chile por parte de residentes en el extranjero, correspondiendo a las reglas fijadas por el Párrafo 2° del Título IV y a las convenciones internacionales ratificadas por Chile y que se encuentren vigentes, en especial, el Convenio de la Haya de 1993, relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en Materia de Adopción Internacional (en adelante el "Convenio"). Pero, tal como se advirtiera, el Párrafo 2° mencionado tiene importantes omisiones, mientras que el Convenio es insuficiente para la regulación interna de la adopción internacional.

Esto es así porque el Convenio alude a las "autoridades competentes" de los Estados de origen y receptor, que deben cumplir con ciertos requisitos para las adopciones internacionales⁵⁰. Sin embargo, respecto a cuáles son dichas autoridades competentes y bajo qué reglas procesales deben cumplir las exigencias establecidas, el Convenio nada dice, correspondiendo a cada Estado el diseño específico de su institucionalidad y procedimientos.

Por todo lo anterior, se sugiere incorporar los elementos omitidos del procedimiento de adopción internacional de NNA residentes en Chile por sujetos residentes en el extranjero, o bien añadir una regla que haga aplicables las disposiciones del procedimiento de adopción nacional al internacional, permaneciendo sólo en forma supletoria las del procedimiento de adoptabilidad, en lo que fuere compatible. Lo anterior,

quede al cuidado personal de los solicitantes, de conformidad al artículo 30, sin que la niña, niño o adolescente pueda salir del territorio nacional, sin autorización judicial" (Artículo 47, Mensaje del Boletín 9119-18 de 2013).

⁴⁶ ¿Por qué no es competente el tribunal de familia que declaró la adoptabilidad para la adopción internacional y sí lo es para la adopción nacional?

⁴⁷ ¿Qué sentido tiene que el tribunal de oficio pueda iniciar un procedimiento de adopción internacional?

⁴⁸ ¿Qué utilidad puede tener para la adopción la individualización de los ascendientes y colaterales hasta 3° grado de consanguinidad del posible adoptado, si aquello ya se hizo antes de declarar la adoptabilidad?

⁴⁹ En ese sentido, si hay incompatibilidad, entonces la regla supletoria procesal de adoptabilidad no aplica, procediendo la aplicación de las reglas de la Ley 19.968, que resultan demasiado genéricas para un asunto tan específico.

⁵⁰ Véase Capítulo II. Requisitos para Adopciones Internacionales, específicamente, artículos 4 y 5.

previando reglas especiales adecuadas a las peculiaridades de la adopción internacional, consistentes con la regulación del Convenio, en especial, lo dispuesto en los Capítulos II y IV del Convenio.

Trigésimo primero. ARMONÍA DEL PROYECTO DE LEY CON LOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES RATIFICADOS POR CHILE Y VIGENTES

Con todo, cabe señalar que –salvada o corregida la deficiencia antes indicada– el proyecto de ley se ajusta coherentemente a la Convención de Derechos del Niño y al Convenio sobre Protección del Niño y Cooperación en Materia de Adopción Internacional. Así, por ejemplo, las causales y procedimientos de adoptabilidad y adopción permiten concretar lo prescrito en el artículo 21 de la Convención⁵¹ y cumplir con varios de los requisitos para la adopción internacional del artículo 4, letras a), b) y c)⁵².

Asimismo, los artículos 54, 55 y 56 del proyecto establecen exigencias mayores para la adopción internacional de NNA residentes en Chile, lo que, sumado al control judicial, es consistente y materializa la pretensión de los artículos 5⁵³, 15⁵⁴ y 16⁵⁵ del Convenio. Por su parte, el artículo 11 sobre “Autonomía progresiva y derecho del NNA a ser oído”, así como los trámites previstos en las audiencias contempladas en los artículos 21 y 44 del proyecto, aplicados al procedimiento de adopción internacional, hacen viable cumplir el deber impuesto por el Convenio al Estado de origen, de asegurarse que el niño ha sido asesorado y debidamente informado de las consecuencias de la adopción; se han considerado sus deseos y opiniones; si ha consentido, que ha sido libremente, sin pago o retribución de índole alguna, todo lo anterior, atendiendo la edad y grado de madurez del niño (Véase artículo 4, letra d) del Convenio).

⁵¹ “Artículo 21.- 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 por que la adopción del niño sólo 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”.

⁵² “Artículo 4. Una adopción se llevará a cabo en el ámbito de aplicación de la Convención, sólo si las autoridades competentes del Estado de origen: a) Han determinado que el niño es susceptible de ser dado en adopción; b) Han decidido, tras considerar debidamente las posibilidades de colocar al niño en el Estado de origen, que una adopción internacional presenta mayores beneficios para el niño; c) Se han asegurado de que 1) las personas, instituciones y autoridades cuyo consentimiento es necesario para la adopción, han sido asesoradas según fuere necesario y debidamente informadas de las consecuencias de su consentimiento, especialmente, respecto a si una adopción originará la terminación del vínculo jurídico existente entre el niño y su familia de origen”.

⁵³ El artículo 5 prevé que se determine que los padres adoptivos son idóneos y apropiados; que han sido asesorados y que el niño sea autorizado a ingresar y residir en forma permanente a al Estado receptor.

⁵⁴ Artículo 15 del Convenio prevé un informe de aptitud e idoneidad de los potenciales adoptantes que debe ser preparado por la Autoridad Central del Estado receptor, y que es exigido por los artículos 54 y 55 del proyecto.

⁵⁵ Conforme al artículo 16 letra d., el Estado de origen debe determinar que la adopción internacional es beneficiosa para el NNA, lo que es consistente con los controles, en ambos estados, fijados por los artículos 54 y siguientes.

En el mismo sentido, el procedimiento de adoptabilidad por entrega voluntaria también es consistente con el deber de los órganos competentes del Estado de origen, de asegurarse que quienes deban consentir la adopción, lo hagan libremente, sin mediar pago o retribución de índole alguna y sin ser revocados; y el consentimiento de la madre, cuando fuere exigido, ha sido otorgado sólo después del nacimiento del niño. Si bien esta última regla (artículo 4, letra C, N° 4, del Convenio) parece opuesta o contraria a la regla del artículo 32 del proyecto, que prevé la posibilidad de manifestar la voluntad de entregar a un niño o niña en adopción, antes incluso de su nacimiento, dicha contradicción es puramente aparente, pues el procedimiento por entrega voluntaria permite el arrepentimiento de la madre, hasta la audiencia de retractación, la que en este caso se fijará sólo una vez que nazca el niño o niña, pues el procedimiento debe permanecer suspendido mientras no ocurra el nacimiento.

Por último, el artículo 21 de la Convención impone a los Estados Partes el deber de introducir medidas apropiadas para garantizar que la adopción en otro país no dé lugar a beneficios financieros indebidos para quienes participan en ella –idea que también está presente en los artículos 8⁵⁶ y 31⁵⁷ del Convenio–. El proyecto responde en consecuencia, declarando la improcedencia de dichas retribuciones (artículo 4) y tipificando como delitos sancionados con pena de cárcel y multa, los actos de ofrecer, solicitar, dar, recibir y consentir cualquier clase de pago o contraprestación por facilitar la entrega de un NNA en el contexto de la adopción (artículo 72).

Trigésimo segundo. DECLARACIÓN DE NULIDAD DE LA ADOPCIÓN

El artículo 50 del proyecto contiene las reglas de declaración de nulidad de la adopción que, en síntesis, son las siguientes.

En general, se mantiene una redacción y regulación casi idéntica a la contenida en el artículo 38⁵⁸ de la Ley N° 19.620. La causal de nulidad es genérica y consiste en haber sido obtenida la adopción por medios ilícitos o fraudulentos (inciso 1° del artículo 50). Los legitimados activos para demandar la nulidad son el adoptado o el curador *ad litem* en representación del adoptado. El proyecto no se refiere a los legitimados pasivos ni a la

⁵⁶ “Artículo 8. Las Autoridades Centrales adoptarán, directamente o a través de las autoridades públicas, todas las medidas pertinentes para impedir ganancias pecuniarias indebidas u otras en relación con una adopción y para evitar toda práctica contraria a los objetivos de la Convención”.

⁵⁷ “Artículo 32. 1. Nadie podrá obtener beneficios pecuniarios indebidos u otra ganancia de una actividad relacionada con una adopción internacional”.

⁵⁸ “La adopción es irrevocable. Con todo, el adoptado, por sí o por curador especial, podrá pedir la nulidad de la adopción obtenida por medios ilícitos o fraudulentos.

La acción de nulidad prescribirá en el plazo de cuatro años contado desde la fecha en que el adoptado, alcanzada su plena capacidad, haya tomado conocimiento del vicio que afecta a la adopción.

Conocerá de la acción de nulidad el juez con competencia en materias de familia del domicilio o residencia del adoptado, en conformidad al procedimiento ordinario previsto en la ley que crea los juzgados de familia”.

necesidad que concurren padre y madre adoptivos al juicio. En atención a que ambos tendrán interés en los resultados del juicio, resultaría conveniente que el procedimiento incluyera una regla similar a la contenida en el inciso segundo del artículo 204 del Código Civil⁵⁹, que obliga al demandante a entablar la acción de reclamación de filiación en contra ambos padres.

El inciso 2° del artículo 50 dispone que el plazo de prescripción de la acción de nulidad es de cuatro años, contados desde que el adoptado, habiendo cumplido la mayoría de edad, haya tomado conocimiento del vicio que afecta la adopción.

Por último, el inciso 3° contiene reglas de competencia y procedimiento aplicable, de acuerdo a las cuales será competente para conocer de la acción de nulidad de adopción el tribunal con competencia en materia de familia del domicilio o residencia del adoptado y el procedimiento aplicable será el ordinario de la Ley N° 19.968, normas que se estiman adecuadas y suficientes.

Trigésimo tercero. CONSERVACIÓN DE INFORMACIÓN Y BÚSQUEDA DE ORÍGENES

El artículo 12 establece, como un derecho del adoptado mayor de 14 años, el poder conocer el origen de su filiación adoptiva. Como referencia, la Ley N° 19.620 actualmente limita la posibilidad de solicitar dicha información sólo a los mayores de edad (inciso 3° del artículo 27).

La forma en que se ejerce dicho derecho se encuentra regulada en el artículo 66, el cual señala que el mayor de 14 años, por sí o representado por el Servicio Nacional de Menores o un organismo nacional acreditado, puede solicitar al Servicio de Registro Civil e Identificación que le informe si su filiación es adoptiva y le proporcione la singularización del proceso judicial respectivo.

Para tales efectos, el inciso 2° del artículo 66 ordena al Estado, a través del Registro Civil, garantizar la conservación de la información sobre la familia de origen y demás antecedentes del proceso de adopción.

Por último, el artículo 67 establece que los mayores de 14 años interesados en iniciar un proceso de vinculación con su familia de origen, deberán ser asesorados por el Servicio Nacional de Menores, el organismo acreditado que intervino en la adopción u otro en subsidio, sin que se otorguen reglas suficientes para determinar a este último. Por cierto, en las adopciones internacionales podrá intervenir también la autoridad competente del Estado de recepción que actuó como intermediario.

⁵⁹ “En el caso de los hijos, la acción deberá entablarse conjuntamente contra ambos padres”.

Las actividades del proceso de búsqueda de orígenes deberán ser reguladas en un reglamento que deberá dictar el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (literal e del artículo 73).

Trigésimo cuarto. PROHIBICIONES Y DELITOS

El artículo 68 regula una serie de prohibiciones relacionadas con los procedimientos que regula el proyecto, respecto de materias tales como la obtención de beneficios, la decisión de los padres sobre quién adoptará al NNA, la entrega del cuidado del NNA para fines de adopción, reconocimiento del NNA con el objeto de facilitar la adopción por el cónyuge o conviviente civil y otras relacionadas con la adopción internacional.

Los efectos del incumplimiento de las prohibiciones será la imposibilidad de dar inicio a los procedimientos contemplados en el proyecto o de ponerles término, sin perjuicio que en caso que sean constitutivos de delito, el tribunal deberá realizar de oficio la denuncia respectiva.

Sobre los delitos, estos se encuentran regulados en los artículos 70, 71 y 72, y consisten, respectivamente, en la revelación de antecedentes que el proyecto declara como reservados (sea funcionario público o no, agravando la pena en el primer caso), la obtención fraudulenta de la entrega de un NNA y el pago o contraprestación para facilitar la entrega de un NNA a efectos de alterar la filiación que le corresponde.

Trigésimo quinto. MODIFICACIONES AL CÓDIGO DEL TRABAJO

El artículo 75 del proyecto modifica el Código del Trabajo, en particular los artículos 195, 199, 200, 201 y 206, todos los cuales actualmente cuentan con referencias a la adopción en materia de derechos, permisos y licencias que les corresponden a los adoptantes. Al respecto, se hace presente que los numerales 2°, 3° y 4° del artículo 75 hacen referencia errónea al artículo 41 del proyecto, en circunstancias que debiesen referirse al artículo 42. En efecto, este último artículo en su inciso 2° hace alusión al otorgamiento del cuidado personal del NNA que es parte del procedimiento de adopción, hecho que genera los derechos contenidos en los artículos 199 (cuidado de menor de un año que requiera atención en el hogar por motivo de enfermedad), 200 (permiso postnatal parental) y 201 (fuero) del Código del Trabajo, mientras que el artículo 41 se refiere a la competencia del tribunal.

Trigésimo sexto. DISPOSICIONES DEROGATORIAS Y TRANSITORIAS

a) DEROGACIÓN DE LA LEY N° 19.620

El artículo 74 del proyecto deroga la Ley N° 19.620 "*Que dicta normas sobre adopción de menores*". Sin perjuicio de lo anterior, de acuerdo al artículo cuarto transitorio, los procedimientos de susceptibilidad de adopción y de adopción iniciados con anterioridad a la nueva ley, se seguirán tramitando de acuerdo a lo dispuesto en la Ley N° 19.620, sin perjuicio que se aplicarán plenamente los artículos 25 (inicio de nuevo procedimiento de adoptabilidad), 27 (efectos de la adoptabilidad), 28 (entrega de cuidado personal luego de la declaración de adoptabilidad), 47 (contenido de la sentencia de adopción), 48 (efectos de la sentencia de adopción), 49 (declaración de adoptabilidad posterior a la constitución de la adopción) y 57 (trámites posteriores a la sentencia de adopción).

Con todo, se debe destacar que el proyecto no ordena la modificación de los numerales 12) y 13) del artículo 8° de la Ley N° 19.968, los cuales hacen referencia a la Ley N° 19.620, por lo que se mantendrá la referencia a una ley que con el tiempo perderá toda vigencia, cuestión que se sugiere subsanar.

b) ADOPCIÓN DE LAS LEYES N° 7.613 Y N° 18.703

Por otro lado, el artículo segundo transitorio contiene reglas aplicables a las adopciones constituidas bajo el imperio de la Ley N° 7.613 y de la Ley N° 18.703. En síntesis, se declara que dichas adopciones se seguirán rigiendo por la normativa de dichas leyes, según corresponda, pero se permite que se acuerde la aplicación de los efectos que el proyecto asigna a la constitución de la adopción, lo cual se deberá realizar por escritura pública y posterior aprobación del juez.

El artículo en comento señala que la aprobación la otorga el "*juez competente*". Atendido el tenor del inciso 3° del artículo segundo transitorio, se desprende que se tratará de una adopción constitutiva de estado civil, por lo que la competencia absoluta por la materia debiera ser el tribunal de familia, por aplicación del numeral 8° del artículo 8° de la Ley N° 19.968; la competencia por territorio será la del tribunal del domicilio de los interesados según dispone el artículo 134 del Código Orgánico de Tribunales; y, en circunstancias que los implicados se encuentran de acuerdo, el procedimiento aplicable será el no contencioso del artículo 102 de la Ley N° 19.968.

Luego de aprobada, se deberán remitir los antecedentes al Servicio de Registro Civil para que se practique una nueva inscripción de nacimiento.

Por último, el artículo tercero transitorio contiene reglas relativas al otorgamiento de acreditación y autorización a organismos nacionales e internacionales, para los efectos de los artículos 6° y 7°.

c) ENTRADA EN VIGENCIA

El artículo primero transitorio hace referencia a dos hitos que determinan la entrada en vigencia de la ley.

En primer lugar, se ordena dictar el reglamento al que se refiere el artículo 73 del proyecto dentro de los seis meses siguientes a la publicación de la nueva ley en el Diario Oficial. Dicho reglamento debe contener la regulación de los subprogramas de adopción, los procedimientos relacionados con los organismos acreditados nacionales y los organismos autorizados internacionales, los registros del artículo 9°, el procedimiento de certificación de poseer las condiciones generales para la adopción de un niño, las actividades que se deberán considerar en el proceso de búsqueda de orígenes y cualquier otro aspecto necesario para la correcta aplicación de la nueva ley.

Una vez que dicho reglamento sea publicado en el Diario Oficial, la nueva ley entrará en vigencia transcurridos tres meses desde dicha fecha.

Por estas consideraciones y de conformidad, además, con lo dispuesto en los artículos 77 de la Constitución Política de la República y 18 de la Ley N° 18.918, Orgánica Constitucional del Congreso Nacional, se acuerda informar **en los términos precedentemente expuestos** el proyecto de ley sobre "Reforma Integral al Sistema de Adopción en Chile". (Boletín N° 9.119 -18)

Se previene que los ministros señor Silva G., señora Egnem y señores Fuentes, Blanco y Prado, sólo estuvieron por informar en lo que corresponde a esta Corte Suprema conforme a lo dispuesto por el artículo 77 de la Constitución Política de la República, de modo que únicamente comparten los términos del Informe en los contenidos expresados en los considerandos vigésimo primero a trigésimo, y trigésimo segundo.

Oficiese.

PL 20-2019.-



PODER JUDICIAL
REPUBLICA DE CHILE
C O R T E SUPREMA

Saluda atentamente a V.S.

HAROLDO BRITO CRUZ

Presidente

MARCELO DOERING CARRASCO

Secretario (S)