

Oficio N° 141-2013

INFORME PROYECTO DE LEY 39-2013

Antecedente: Boletín N° 9119-18

Santiago, 26 de noviembre de 2013

Por Oficio N° 10.496. de 8 de octubre de 2013, el señor Presidente de la Cámara de Diputados remitió a esta Corte el proyecto de ley que promueve una reforma integral del sistema de adopción chileno, a fin de que se evacúe el informe que disponen los artículos 77 de la Constitución Política de la República y 16 de la Ley N° 18.918, Orgánica Constitucional del Congreso Nacional.

Impuesto el Tribunal Pleno del proyecto en sesión del día 22 del mes en curso, presidida por el subrogante señor Milton Juica Arancibia y con la asistencia de los Ministros señores Nibaldo Segura Peña, Sergio Muñoz Gajardo, Hugo Dolmestch Urra, Patricio Valdés Aldunate, Héctor Carreño Seaman, Pedro Pierry Arrau, Carlos Künsemüller Loebenfelder, Haroldo Brito Cruz 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, señora Gloria Ana Chevesich Ruiz y suplente señor Alfredo Pfeiffer Richter, acordó informarlo al tenor de la resolución que se transcribe a continuación:

**AL SEÑOR PRESIDENTE
EDMUNDO ELUCHANS URENDA
H. CÁMARA DE DIPUTADOS
VALPARAÍSO**

"Santiago, veinticinco de noviembre de dos mil trece.

Vistos y teniendo presente:

Primero: Que por Oficio N° 10.496, de 8 de octubre de 2013, el Presidente de la Cámara de Diputados, remitió a esta Corte, al tenor de lo dispuesto en los artículos 77 de la Constitución Política de la República y 16 de la ley N° 18.918, Orgánica Constitucional del Congreso Nacional, remitió a la Corte el proyecto de ley que promueve una reforma integral del sistema de adopción chileno.

De acuerdo con lo consignado en el mensaje, la iniciativa legal pretende establecer un nuevo enfoque en materias de adopción abarcando también los vacíos y deficiencias de la actual ley, que permitirá orientar a los distintos actores sociales en la toma de decisiones que puedan afectar a los niños, niñas y adolescentes gravemente vulnerados en sus derechos, luego de agotar todas las posibilidades de inserción en su propia familia.

Asimismo se incorporan los principios que sustentan y orientan el sistema de adopción en Chile, garantizando la subsidiariedad de ésta, otorgando agilidad en sus procedimientos con la incorporación de mecanismos más eficientes y plazos más acotados para dar respuesta con mayor celeridad. Al mismo tiempo, la propuesta legislativa establece requisitos y condiciones tanto para que un niño, niña o adolescente pueda ser adoptado, como para que las personas interesadas en adoptar puedan convertirse en padres o madres.

Segundo: Que en cuanto a la estructura del proyecto de ley, ésta comprende ocho títulos, regulando los siguientes aspectos del nuevo sistema de adopción, a saber, el Título I: Disposiciones de carácter general que se refieren a diversas definiciones para la correcta inteligencia de los preceptos legales del proyecto de ley. Asimismo, se establece la facultad del Servicio Nacional de Menores y los organismos acreditados nacionales para hacerse parte en todos los asuntos que son regulados en este proyecto y la obligación de mantener registros indispensables para el adecuado funcionamiento del sistema de adopción. El Título II: Contiene los principios que informan la ley, siendo éstos los siguientes: i) el interés superior del niño; ii) el derecho del niño a vivir en familia; iii) la subsidiariedad de la adopción; iv) el derecho del niño a ser oído; v) el derecho a conocer los orígenes, y vi) el derecho de la reserva. El Título III: Se establece el

procedimiento de adoptabilidad. Al respecto se hace una distinción entre la entrega voluntaria con fines de adopción y la declaración de adoptabilidad motivada en las otras causales que este proyecto introduce. El Título IV: Título referido a la adopción propiamente tal, quiénes pueden adoptar, orden de prelación que el juez debe considerar y que puede alterar si el interés superior del niño o niña así lo aconseja. Asimismo, se regula el procedimiento de adopción nacional y sus efectos. El Título V: Establece el procedimiento acerca de la adopción internacional. Al respecto se distingue entre la adopción de niños y niñas residentes en Chile por personas que no residen en nuestro país, y la adopción de niños y niñas residentes en el extranjero por personas residentes en Chile. El Título VI: Trata sobre la conservación de información y búsqueda de orígenes, estableciendo el derecho de cualquier persona mayor de edad y capaz de solicitar al Servicio de Registro Civil e Identificación que le informe si su filiación es el resultado de una adopción y, en tal caso, le indique la individualización del proceso. Se establece también el deber del Estado, a través de los organismos señalados, de prestar asesoramiento a quienes estén interesados en iniciar un proceso de búsqueda de orígenes. El Título VII: Regula la adopción por integración y la protección intrafamiliar. Por último, el Título VIII: Establece las prohibiciones y sanciones regulando diversas figuras delictivas, cuyo objetivo es la protección más eficaz de las niñas y niños que participan en el sistema de adopción.

En cuanto al articulado, el proyecto de ley contiene dos artículos permanentes y tres disposiciones transitorias. En cuanto a los permanentes, el artículo primero deroga la Ley N° 19.620 y el artículo segundo contiene la propuesta de nueva Ley de Adopción. Los artículos transitorios se refieren, el primero a los efectos de la eventual nueva ley respecto de aquellas adopciones establecidas según las Leyes N° 7.613 y 18.703; el segundo se refiere a los organismos acreditados nacionales y extranjeros que están autorizados conforme al artículo 6 y el tercero regula los efectos de esta ley respecto a los procedimientos que a la fecha de su entrada en vigencia se encuentran en tramitación.

Tercero: Que, en primer lugar, corresponde consignar que las normas sobre competencia que contiene la propuesta no merecen observaciones por parte de este Tribunal, ya que, recogen los principios generales en tal sentido. Debe sí

dejarse constancia, en relación con la notificación de la sentencia establecida en el artículo 37 para los procedimientos de adopción nacional, que existe un manifiesto contrasentido en el inciso segundo, en cuanto expresa que **el** recurso de apelación gozará de preferencia para su vista y a la vez indica que se tramitará **de** acuerdo a las reglas de los incidentes, ya que la tramitación conforme a las normas de los incidentes importa que la apelación se conoce en cuenta y, por lo tanto, no hay vista de la causa.

Cuarto: Que, sin perjuicio de lo anotado precedentemente, es dable señalar que, en términos generales el proyecto está bien estructurado y tiene un loable objetivo central, cual es el de acortar los tiempos del proceso de adopción, en beneficio de los menores.

Por estas consideraciones y de conformidad, además, con lo dispuesto en los artículos 77 de la Constitución Política de la República y 16 de la Ley N° 18.918, Orgánica Constitucional del Congreso Nacional, se **acuerda informar** en los términos referidos el proyecto de ley que promueve una reforma integral del sistema de adopción chileno.

Se previene que el Presidente subrogante señor Juica y los Ministros señores Muñoz, Carreño, Kunsemüller, Cisternas, Blanco y señora Chevesich, fueron de parecer de incluir en este informe, las siguientes observaciones:

1) La ley vigente no entrega un concepto de adopción, sólo menciona su objeto cual es velar por el interés superior del adoptado y amparar su derecho a vivir y desarrollarse en el seno **de** una familia que le brinde el afecto y le procure los cuidados tendientes **a** satisfacer sus necesidades espirituales y materiales, cuando ello no le pueda ser proporcionado por su familia de origen.

El texto propuesto parte entregando un concepto de adopción que no constituye un concepto jurídico propiamente tal, pues define la institución como "una medida de restitución de derechos". Al respecto se estima que la adopción no es una medida en sentido estricto, porque ello supone admitir que el niño, niña y adolescente ha sido privado de todos o algunos de sus derechos, los cuales le serán restituidos mediante un procedimiento de adopción, pero no con respecto de la familia de origen sino que en relación a la familia adoptante.

Además, en general, el uso del término medida alude a una decisión de carácter transitorio y no a una situación jurídica definitiva.

Huelga mencionar que la propia iniciativa, en el Título VIII relativo a las prohibiciones y sanciones, establece en el artículo 61 que "La adopción es una institución social de protección".

Por otro lado, cabe recordar el concepto de adopción que el proyecto original de la Ley N° 19.620 en su artículo lo incorporaba, señalando que la adopción es "un proceso social y legal por el cual se establece la relación padres e hijos entre personas que no están necesariamente vinculadas por lazos de parentesco." Finalmente se desestimó su inclusión en la ley, por estimarse que era innecesario entregar un concepto en atención a lo preceptuado por el artículo 20 del Código Civil, el cual prescribe que las palabras de la ley se entienden en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras. Este sentido natural y obvio del término "adopción" es el señalado por el Diccionario de la Lengua de la Real Academia Española, que señala que la adopción es "recibir como hijo, con los requisitos y solemnidades que establecen las leyes, al que no lo es naturalmente".

Doctrinariamente, la adopción ha sido definida como "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". Hay quienes la definen como "una filiación exclusivamente jurídica, que descansa no sobre una verdad biológica, sino sobre una realidad jurídica".

Cabe hacer mención que si bien este proyecto de ley busca derogar la ley actual, de la lectura de la iniciativa se advierte que los efectos de la adopción son los mismos que actualmente se contemplan, esto es el proyecto de ley incluye la misma redacción de la Ley N° 19.620. En consecuencia, "la adopción confiere al adoptado el estado civil de hija o hijo respecto del o de los adoptantes en los casos y con los requisitos que la presente ley establece".

2) En cuanto al programa de adopción, el artículo 5o del proyecto de ley no especifica el conjunto de actividades que comprende dicho programa, sólo menciona que serán diseñados y ejecutados por el SENAME y por los organismos acreditados ante éste. Asimismo, crea la figura de los "subprogramas de adopción", sin detallar el rol específico que desempeñarán dentro de la

institucionalidad. De acuerdo con dicho precepto, estos subprogramas deben dar cumplimiento a los objetivos de la presente ley.

Por otro lado, en cuanto al financiamiento de los programas y subprogramas de adopción, si bien se estima un acierto incorporar esta norma, resulta poco eficiente que el financiamiento quede subordinado a la aprobación de proyectos previos con el fin de obtener la subvención de parte del SENAME, esto en atención a la remisión que hace el proyecto a la Ley N° 20.032, que establece el sistema de atención a la niñez y adolescencia a través de la red de colaboradores del SENAME y su régimen de subvención.

En efecto, la ley previamente mencionada establece en su artículo 3° que el SENAME podrá subvencionar, conforme a las disposiciones de la presente ley, las actividades desarrolladas por los colaboradores acreditados relativas a las siguientes líneas de acción. Dentro de las líneas de acción subvencionables la ley en comento menciona los "Programas", esto es, el conjunto de actividades susceptibles de ser agrupados según criterios técnicos. Sin embargo, dentro de los distintos programas que enumera la Ley N° 20.032 no se encuentra el "programa de adopción" a que hace alusión el nuevo artículo 5o de la iniciativa legal que se analiza. Sí menciona, en cambio, el programa de familias de acogida.

De acuerdo con el SENAME, el programa de familias de acogida cuenta con profesionales que otorgan apoyo psicosocial y material a la familia acogedora del niño/a que se encuentra en acogimiento familiar, mientras la familia de origen o los adultos responsables logran reasumir el cuidado de sus niños/as. Al mismo tiempo, y de considerarse inviable el retorno a la familia de origen, dicho programa realiza la búsqueda de una familia permanente donde el niño/a pueda residir de manera estable y egresar del programa.

En consecuencia, las familias de acogida del SENAME forman parte del compromiso del Estado de brindar asistencia y protección a niños, niñas y adolescentes privados de cuidados parentales que, producto de vulneración de derechos, se ha considerado judicialmente apropiado separarlos transitoriamente de su grupo familiar de origen e integrarlos a un grupo familiar alternativo mientras se realizan las acciones para restablecer su derecho a vivir con éste.

Así las cosas, y al no encontrarse la figura de "programas de adopción" dentro de las líneas de acción subvencionables que menciona la Ley N°20.032, resulta forzoso concluir que el financiamiento a que se refiere el proyecto que se analiza no tendría fundamento legal.

A mayor abundamiento, el artículo 4o, N° 3.2) de la referida ley menciona sobre la materia los siguientes programas:

a) Programa de Protección de Derechos: destinado a ofrecer al niño, niña o adolescente la atención ambulatoria necesaria para la adecuada protección, reparación o restitución de sus derechos (...)

a.1) Programa de protección en general: destinado a la protección, reparación o restitución de los derechos del niño, niña o adolescente frente a situaciones de vulneración de los mismos que por su entidad no requieran de una intervención especializada.

a.2) Programa de protección especializado: destinado a otorgar intervención reparatoria especializada frente a situaciones de graves vulneraciones de derechos, tales como: situación de calle, consumo abusivo de drogas, maltrato infantil grave, explotación sexual comercial infantil u otras problemáticas que atenten gravemente contra el normal desarrollo del niño, niña o adolescente.

a.2) Fortalecimiento familiar, destinado a afianzar la capacidad de los padres o de quienes puedan asumir responsablemente el cuidado personal del niño, niña o adolescente que se encuentre en un centro residencial para ejercer directamente dicho cuidado, propiciando su pronto egreso y su reinserción familiar.

3) Cabe hacer presente que es primera vez que el legislador entrega un concepto de "interés superior del niño", cuestión que ni siquiera hace la Convención de los Derechos del Niño. Si bien la falta de definición que existe actualmente podría considerarse un riesgo en cuanto a que podría generar una errónea aplicación del principio, la definición propuesta puede significar el mismo riesgo y la necesidad de dotar de contenido a la propia definición, toda vez que no queda claro lo que se busca al utilizar la frase "satisfacción integral y simultánea de los derechos".

4) El artículo 10 del presente proyecto considera que el derecho de la niña, niño o adolescente a vivir en familia es un principio que sustenta y orienta el sistema de adopción en Chile. Al respecto se estima que se incurre en un error conceptual, toda vez que se está entendiendo que un derecho es, al mismo tiempo, un principio, en circunstancias que este último corresponde a una categoría diversa, cual es orientar o guiar las actuaciones de las instituciones,

tribunales, autoridades y órganos legislativos del país al momento de tomar medidas que afecten los derechos de los niños, niñas o adolescentes.

5) En cuanto al principio establecido en el artículo 13 del proyecto, cabe hacer presente que el texto propuesto no explícita qué comprende el asesoramiento, que puede tratarse de un simple consejo o incluso asumir la representación legal del menor en la búsqueda de sus orígenes. El mencionado artículo 13 hace remisión al artículo 55 del proyecto, el cual señala que las actividades tendientes al proceso de búsqueda serán reguladas por el Reglamento de la ley, pero tampoco establece en qué consiste dicho asesoramiento.

El inciso final del artículo 13, que obliga al Registro Civil a garantizar la conservación de la información relativa a la identidad de la familia de origen y demás antecedentes vinculados a la adopción, debe ser relacionado con el artículo 54 inciso final, pues precisa quiénes pueden solicitar al Registro Civil la información acerca de si la filiación es resultado de una adopción y, en tal caso, el Servicio entregue la individualización del proceso. El inciso primero del referido precepto establece que "Se otorgarán copias de la sentencia o del expediente de adopción únicamente a pedido del adoptado mayor de edad o de los adoptantes, por resolución judicial dictada en un procedimiento no contencioso ante el tribunal con competencia en materias de familia del domicilio del interesado". Al respecto, si bien se comparte la regulación en cuanto a quiénes serán los legitimados activos de la solicitud, no queda claro el fundamento o la necesidad de tener que iniciar un proceso no contencioso a fin de que un tribunal sea quien, en definitiva, determine la entrega de copias de la sentencia o del expediente de adopción, lo que en términos concretos constituye una traba u obstáculo para el ejercicio del derecho a la búsqueda de orígenes.

Por otra parte, tampoco queda claro cuál será el procedimiento al que habrá que someter dicha petición, salvo que será no contenciosa.

Se advierte, asimismo, que el derecho que tienen los niños, niñas o adolescentes de buscar sus orígenes puede verse vulnerado de acuerdo a lo establecido en el artículo 38 del proyecto de ley, en atención a que el numeral 4 de dicho precepto establece que el juez de familia debe oficiar al Ministerio de Educación a fin de que se eliminen del registro curricular los antecedentes relativos a la filiación de origen de la niña, niño o adolescente adoptado y se

incorpore en su reemplazo su nueva identidad, sin que se puedan vincular ambas, atendida la reserva de la adopción.

La búsqueda de los orígenes o el principio de la verdad biológica se encuentra consagrado en el artículo 7o de la Convención de los Derechos del Niño y, como bien sostiene Gómez de la Torre, "para que una persona logre desarrollar su personalidad necesita conocer su identidad, es decir, conocer su origen, saber quienes son sus padres, quienes constituyen su familia". En consecuencia, los antecedentes acerca de la verdad biológica del menor deberían ser conservados con el debido resguardo y garantía a fin de no vulnerar la reserva de la adopción, estableciendo los límites y requisitos para acceder a ellos.

Finalmente, es menester mencionar que en el proyecto de ley no se incluye el principio de la inseparabilidad de los hermanos. La justificación de este principio, en términos de Corral Talciani, radica en que la adopción no cause un nuevo daño al niño en desamparo, separándolo de sus hermanos biológicos.

6) Respecto a la reserva prevista en el artículo 14 del proyecto no se advierten mayores complicaciones, ya que actualmente se cuenta con herramientas para poder resguardar la reserva de determinados procesos así como la identidad de las partes.

7) En el proyecto de ley se amplían considerablemente las causales de adoptabilidad. Actualmente sólo existen las causales de abandono y la inhabilidad física o moral. En el caso de esta última, la ley de adopción se remite al artículo 226 del Código Civil.

Respecto de las demás causales que señala el proyecto de ley, cabe destacar lo siguiente: en lo referente a la orfandad de madre o padre o de ambos no debería ser una causal que dé origen a un proceso de adoptabilidad, ya que puede existir, dentro de la extensa red de familiares, parientes que quieran asumir el cuidado del menor.

En lo que dice relación con el abandono por parte de la madre, del padre o de las personas a quienes se haya confiado su cuidado personal, durante un plazo de dos meses. Si el niño o niña fuere menor de un año, este plazo será de un mes; si es por integración será de dos años, cualquiera sea su edad, la iniciativa legal define abandono como la falta de contacto personal y continuo con la niña,

niño o adolescente mientras se encuentra a cargo de una institución, de un tercero o del otro padre o madre, en caso de adopción del hijo del cónyuge.

Referente a los plazos que se establecen, son similares a los que actualmente contempla el artículo 12 número 2 de la Ley 19.620 y no merecen reparos.

En cuanto a la incapacidad o discapacidad mental de la madre, del padre o de quienes ejercen su cuidado. Esta causal puede ser cuestionable en los términos en que está redactada, desde el punto de vista de los derechos de las personas con alguna discapacidad y el derecho que tienen para cuidar de sus hijos con los apoyos necesarios para ello. Dicho en otros términos, la iniciativa legal limita o restringe el derecho de las personas con discapacidad a ser padre o madre. En consecuencia, sería conveniente revisar la redacción del artículo para aclarar que se trata de incapacidades o discapacidades inhabilitantes. Lo mismo respecto a la segunda parte del artículo que se refiere a la presencia de alguna enfermedad psiquiátrica o trastorno de la personalidad, pues parece necesario precisar el alcance de las enfermedades o trastornos aludidos.

En relación con el comportamiento negligente por parte de la madre, el padre o de quienes ejercen su cuidado, o lo expongan a situaciones de riesgo para su integridad física, cabe hacer presente que el término "negligencia" es de difícil determinación; por lo tanto, la norma debería explicitar qué se entenderá por comportamiento negligente o fijar parámetros claros y objetivos al respecto.

También constituye una causal de adoptabilidad la permanencia superior a seis meses en programas de familias de acogida o residencias, sin causa justificada. Como se ha sostenido en el presente informe, las familias de acogida del SENAME cumplen un rol bien determinado, debiendo preocuparse la institución de restablecer el derecho del menor de vivir con su familia de origen. Por lo tanto, los niños, niñas o adolescentes debieran permanecer el menor tiempo posible y sólo mientras la familia de origen o los adultos responsables logran reasumir el cuidado de sus niños. La separación es provisional. En buena medida, es responsabilidad del SENAME velar porque se restablezcan los derechos del menor y se reintegren a su familia biológica o personas que tienen el cuidado personal.

Por último, en cuanto a cualquier otra causa justificada que exponga a la niña, niño o adolescente a una situación de amenaza o vulneración grave de sus derechos, parece también recomendable precisar el alcance de esta norma, desde

que está redactada en términos amplios y dependerá de quienes intervengan el sentido que se le de a la causal.

Por otro lado, se considera positiva la incorporación en el nuevo sistema de adopción de la posibilidad de iniciar el proceso de adoptabilidad respecto de personas mayores de dieciocho y menores de veinticuatro años de edad, siempre que se cumplan los requisitos señalados en la norma, toda vez que suele ocurrir que hay familias que acogen a estas personas y se mantienen en un estado incierto en cuanto a su derecho de tener una familia.

8) En cuanto a las disposiciones de los artículos 18 y 19 del proyecto, respecto de la entrega voluntaria realizada por la madre, el padre o de quienes ejercen su cuidado, con fines de adopción, el artículo 15 inciso primero del proyecto establece que esta causal, al igual que las demás, se sujetará al procedimiento previo de adoptabilidad. Por su parte, el artículo 17 del texto propuesto también incluye la causal de entrega voluntaria al procedimiento de adoptabilidad, al señalar que el procedimiento "deberá fundarse en alguna de las causales señaladas en el artículo 15".

Sin embargo, se advierte que dicha causal está sujeta a un procedimiento diverso al de adoptabilidad. En efecto, el artículo 19 establece que una vez recibida la solicitud de entrega voluntaria, el tribunal en forma inmediata efectuará una audiencia preliminar.

De acuerdo con el artículo 18 de la iniciativa legal, para que proceda la entrega voluntaria del menor, la madre o el padre debe haber recibido previamente la atención y orientación de un programa de adopción; si ello no ha ocurrido, el tribunal debe derivar a la madre o padre que comparezca ante el tribunal, manifestando su voluntad de entrega del menor, al SENAME o a un organismo acreditado nacional, a fin de que se le brinde la orientación necesaria.

Si bien parece pertinente la asesoría y orientación a la madre o padre que pretenda entregar voluntariamente al niño, niña o adolescente en adopción, la norma legal propuesta debería especificar los medios a través de los cuales el padre o madre harán constar dicha circunstancia, de forma tal que el tribunal pueda verificar el cumplimiento del requisito o condición para la entrega voluntaria del menor, fijando la audiencia preliminar respectiva.

Asimismo, el texto propuesto exige que el SENAME u organismo acreditado debe hacerse parte en la causa; empero, no queda claro si debe concurrir a la audiencia preliminar. Sin embargo, para la audiencia de ratificación, la presencia

del Servicio Nacional de Menores o del organismo acreditado con los informes respectivos es esencial para que el tribunal resuelva la solicitud de entrega voluntaria del menor en adopción.

Cabe hacer presente que el procedimiento relativo a la entrega voluntaria con fines de adopción no contempla la audiencia preparatoria, la que se estima fundamental para el ofrecimiento de la prueba relativa a la veracidad de los hechos y circunstancias que se invoquen para la entrega voluntaria del menor, considerando el interés superior de éste. Asimismo, dicha audiencia es imprescindible para que el juez pueda citar al niño, niña o adolescente a fin de ser oído, de conformidad con el principio establecido en el artículo 12 de la iniciativa legal.

Por otro lado, es dable mencionar que la entrega voluntaria del menor en la actual legislación procede en los casos en que los padres no se encuentren capacitados o en condiciones de hacerse cargo responsablemente del menor. En tal caso el padre, la madre o ambos que haya expresado su voluntad de entregarlo en adopción, tendrán un plazo de treinta días para retractarse, contados desde la fecha en que hayan declarado esa voluntad ante el tribunal. En cuanto al procedimiento la ley vigente contempla una audiencia preparatoria, en cuya virtud el tribunal comprobará que los padres del menor de edad no se encuentran capacitados o en condiciones de hacerse cargo responsablemente de él. La audiencia de juicio, por su parte, se llevará a cabo dentro de los quince días siguientes a la audiencia preparatoria.

Como puede advertirse de la lectura del artículo 15 del proyecto de ley, la causal de entrega voluntaria no está supeditada a ninguna incapacidad de los padres ni se inicia mediante un procedimiento de adoptabilidad, sólo contempla una audiencia preliminar.

El artículo 18 propuesto señala que "el procedimiento sólo podrá iniciarse después del nacimiento de la niña, niño o adolescente...". Dicha redacción es poco clara al incluir a los adolescentes, en circunstancias que parece querer referirse sólo al hecho que procederá después del nacimiento ya que siempre se entiende que se podrá entregar voluntariamente a un adolescente.

Se advierte, asimismo, que el proyecto de ley establece una presunción de derecho si el solicitante no concurre a la audiencia de ratificación de la voluntad de entregar al niño, niña o adolescente, entendiéndose que su inasistencia hará presumiría no retractación. En este sentido se estima que debería tratarse de una

presunción que admita prueba en contrario, en atención a que puede existir una justificación plausible como enfermedad, accidente u otra causa que impida asistir a la audiencia respectiva.

9) En lo que se relaciona con la audiencia de ratificación prevista en el artículo 20, cabe señalar que de conformidad con el artículo 19 N° 3 del proyecto, esta audiencia tendrá lugar vencido el plazo de retractación y a más tardar dentro de quinto día contado desde el vencimiento de dicho plazo, sin necesidad de ulterior notificación.

La iniciativa legal no contempla la situación de citar a la audiencia de ratificación a los ascendientes cuando uno o ambos progenitores manifiesten su voluntad de entregar al niño, niña o adolescente en adopción. Se estima recomendable resguardar de modo expreso el eventual interés de los ascendientes del niño, niña o adolescente para manifestar su intención de adoptarlo, en consideración al principio de subsidiariedad, privilegiando así la familia de origen o biológica.

Al respecto se observa, además, que puede darse la situación prevista en el N° 4 del citado artículo, esto es, que tratándose de una filiación matrimonial o que el menor haya sido reconocido por ambos padres y sólo uno de ellos manifieste su voluntad de entregarlo en adopción N° 4 inciso segundo, el otro padre o madre que haya sido citado a la audiencia de ratificación no comparezca, en cuyo caso su inasistencia hace presumir su voluntad de entregar a la niña, niño o adolescente en adopción. En este caso se estima que es fundamental que se cite también a los ascendientes del menor, toda vez que éstos pueden consentir en dicha entrega o deducir oposición fundada.

La citación de los ascendientes hasta el segundo grado de consanguinidad a la audiencia de ratificación se encuentra prevista en la iniciativa legal, artículo 20 inciso tercero, pero sólo excepcionalmente si la madre o el padre que no hubiere manifestado su voluntad en la solicitud que dio inicio al procedimiento de adopción hubiere fallecido o estuviere imposibilitado de manifestar su voluntad. Además ello es facultativo para el juez, pues el texto propuesto señala que "el tribunal podrá citar...". En este sentido se estima que el juez siempre debería citar a los ascendientes a la audiencia de ratificación, quienes podrán deducir oposición fundada. Esto podría armonizar los principios del interés superior del menor y de subsidiariedad.

Lo descrito en los párrafos anteriores se ha de obviar en el entendido que las instituciones a cargo del menor hayan realizado, comprobadamente, las acciones necesarias para descartar el interés de los ascendientes.

Respecto de las demás causales del artículo 15, el proyecto sí contempla la citación a los ascendientes. El artículo 23 inciso segundo establece que "Recibida la solicitud, el tribunal citará a la audiencia preparatoria a los padres, demás ascendientes y a otros parientes, hasta el tercer grado por consanguinidad en la línea colateral, de los que se tenga conocimiento".

10) En lo referente al artículo 21 que prevé la retractación, el proyecto contempla la audiencia de juicio con el objeto de ampliar el informe social y psicológico del menor o decretar otros medios de prueba.

Ahora bien, el inciso segundo del citado artículo señala que en caso de que la niña, niño o adolescente se encuentre en una residencia o programa de acogimiento familiar, el solo hecho de la retractación no implicará necesariamente su egreso inmediato, salvo que el tribunal así lo resuelva mediante resolución fundada, en cuyo caso el tribunal deberá ordenar el seguimiento por un plazo no inferior a tres meses a través de un programa del Servicio, el cual deberá informar mensualmente el tribunal acerca del estado y situación de la niña, niño o adolescente.

Sin embargo, la norma no señala qué ocurrirá con el niño, niña o adolescente si los informes mensuales del Servicio no son favorables.

Finalmente, otro aspecto que merece ser observado en el procedimiento de entrega voluntaria del niño, niña o adolescente dice relación con uno de los principios rectores del sistema de adopción, cual es el derecho del menor a ser oído en todos los asuntos que le afecten, debiendo ser consideradas sus opiniones atendiendo a su edad y al grado de madurez que manifieste. Si se trata de la entrega de un adolescente, es necesario su consentimiento expreso ante el juez. En este sentido, se advierte que la iniciativa legal no contempla ninguna norma en el procedimiento de entrega voluntaria que regule este derecho del menor de ser oído por el tribunal que deberá resolver la solicitud de entrega.

11) En cuanto a la propuesta del artículo 23, sobre la solicitud de adoptabilidad, el inciso tercero dispone que la citación se notificará personalmente

a los padres de la niña, niño o adolescente y por carta certificada a las demás personas.

Resultaría más conveniente que la notificación por carta certificada se sustituyera por una efectuada por cédula, para mayor certeza.

12) En relación con el orden de prelación propuesto en el artículo 31 del proyecto, se valora positivamente que por motivos calificados, basados en el interés superior de la niña, niño o adolescente, pueda alterarse dicho orden de prelación.

Cabe hacer presente que la norma propuesta, a diferencia del texto legal vigente, no entrega una solución en el evento de que hubiere varios interesados solteros o viudos que reúnan todos los requisitos exigidos por la ley para ser adoptantes. La ley de adopción vigente establece expresamente que si hubiere varios interesados solteros o viudos que reúnan similares condiciones, el tribunal preferirá a quien sea pariente consanguíneo del menor, y en su defecto, a quien tenga su cuidado personal", artículo 21 inciso final.

Por otra parte, se estima que el inciso final del artículo 31 del proyecto viene a zanjar el problema respecto de las familias de acogida o guardadoras que manifiesten interés en adoptar al menor que tienen bajo su cuidado, problema que motivó la presentación de un proyecto de ley que modificaba el artículo 20 de la ley de adopción, en el sentido de "restringir posibles interpretaciones que impidan que las personas que participen de los programas de familias de acogida puedan postular a la adopción de los menores a su cuidado en aquellos casos excepcionales en que el vínculo afectivo entre el niño o niña y sus guardadores sea debidamente comprobado por el juez, y se acredite además que la eventual separación pueda producir un grave menoscabo espiritual al menor afectando su interés superior".

El texto sugerido perfecciona el proyecto de ley a que se hace referencia en el párrafo que antecede, pues no se establece ninguna preferencia respecto de estas familias para ser adoptantes, las que deben igualmente cumplir con los requisitos establecidos en la ley. Sin embargo, a la hora de seleccionar al postulante y acoger la adopción, se deberá considerar especialmente el tiempo que el menor ha estado bajo el cuidado de dichas familias.

13) Sobre los requisitos para la adopción nacional, contenidos en el artículo 32 sugerido, el juez por motivos calificados podrá eximir de los requisitos de edad de los adoptantes y de diferencia de edad con el adoptado, tratándose de la adopción de personas mayores de 18 años y menores de 24. Al respecto, se considera que el proyecto establece una discriminación que no se justifica, pudiendo igualmente eximir o rebajar los límites de edad o la diferencia de años respecto de los demás adoptantes y adoptados. También llama la atención que la ley entregue a un reglamento que pueda establecer rangos de edad máximos entre los solicitantes y los adoptantes.

En este sentido, huelga señalar que la norma vigente establece que "El juez, por resolución fundada, podrá rebajar los límites de edad o la diferencia de años (...) Dicha rebaja no podrá exceder de cinco años". Incluso más, el texto vigente establece que los requisitos de edad y diferencia de edad con el menor no serán exigibles si uno de los adoptantes fuere ascendiente por consanguinidad del adoptado (artículo 20).

Asimismo el texto propuesto, a diferencia de la actual legislación, es poco flexible en cuanto a la exigencia del número de años de matrimonio de los cónyuges adoptantes, estableciendo un mínimo de dos años de matrimonio. En cambio, la normativa vigente señala expresamente que el mínimo de dos años de duración del matrimonio no será exigible cuando uno o ambos cónyuges estén afectados de infertilidad.

13) En lo referente a la adopción internacional, cuyos requisitos de los postulantes se prevén el artículo 45 del proyecto, se advierte que la norma propuesta no establece ninguna flexibilidad en el cumplimiento de los requisitos de los postulantes, como ocurre con la adopción nacional regulada en el artículo 32 del proyecto, el que establece que el juez, por motivos calificados, puede eximir de los requisitos de edad de los adoptantes y de la diferencia de edad con el adoptado, tratándose de la adopción de las personas mayores de 18 años y menores de 24.

Tampoco entrega al reglamento la regulación de los rangos de edad entre los solicitantes y los adoptados, como lo establece el artículo 32 de la iniciativa legal.

15) Respecto a la adopción de niñas, niños o adolescentes residentes en el extranjero por personas residentes en Chile, contenida en el artículo 50 sugerido, para mayor transparencia del procedimiento de adopción respecto de menores extranjeros por adoptantes chilenos, se estima pertinente mencionar las normas del Convenio de la Haya de 1993, relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional que tendrían aplicación en el procedimiento de adopción.

16) Por último, quienes previenen y como apreciación general del proyecto en relación con la actual normativa, hacen presente:

A) En cuanto a las causales establecidas para ser declarado susceptible de adopción, el proyecto, al igual que la Ley 19.620, contiene en primer lugar una regla de "entrega voluntaria del menor por parte de sus padres o guardadores", para luego enumerar las causales de adoptabilidad, que corresponden a las causales de susceptibilidad que recoge la actual normativa. Respecto a estas últimas el proyecto es más casuístico, reproduciendo entre sus normas las actuales existentes, agregando las que se enumeran: i) Art 15 letra c) del proyecto, contempla el caso del menor huérfano de padre o madre o de ambos; ii) Art 15 letra f) que establece el consumo de drogas o alcohol de la madre, padre o quien ejerce su cuidado; iii) Art. 15 letra h) consagra el comportamiento negligente de quienes ejercen el cuidado del menor; iv) letra f) del artículo 15, deja una causal, amplia, consistente en cualquier otra causal justificada que exponga al niño, niña o adolescente a una amenaza;

B) En materia de personas susceptibles de ser adoptadas, la gran innovación de la propuesta está referida a la inclusión como sujetos de adopción de los adolescentes entre 18 y 24 años, cuestión que hoy no es posible. La actual legislación se refiere a menores de 18 años exclusivamente, consignando la posibilidad de entregar en adopción incluso a un nonato, cuestión que el proyecto elimina. La novedad del proyecto en esta materia es la posibilidad de iniciar un proceso de adoptabilidad respecto de personas entre 18 y 24 años, siempre y cuando exista consentimiento de estas y que a la fecha de presentación de la solicitud tuvieran al menos 5 años continuos de convivencia con quienes desean adoptar;

B) A propósito de los órdenes de prelación y en comparación con la actual regulación, se aprecia que hoy se privilegia a los matrimonios extranjeros

residentes permanentes en Chile por sobre los solteros, divorciados o viudos. El proyecto de ley ubica a estos últimos en el mismo lugar de prelación de aquéllos. Por otra parte, se observa que la ley actual contempla a la infertilidad como causal para no exigir los dos años de matrimonio previos a la solicitud, excepción que el proyecto no señala, debiendo entenderse que no hay excepción al respecto;

D) En cuanto al procedimiento para realizar la Entrega Voluntaria (hoy artículo 8 a) y en el proyecto artículo 15 a) se puede señalar que el proyecto en esta causal omite la audiencia preparatoria actualmente existente, para referirse únicamente a una audiencia preliminar y a otra audiencia de ratificación, y eventualmente, sí en esta última hay retractación, queda a criterio del tribunal citar a audiencia de juicio para aclarar los fundamentos y seriedad de la retractación. La única exigencia de esta entrega voluntaria está referida a que quienes lo entregan hayan recibido orientación y apoyo profesional de un Programa de Adopción existente, previo a la solicitud; en cambio, la ley actual exige que el juez compruebe la incapacidad de los padres del menor y así lo declare en la audiencia preparatoria;

E) En cuanto a la facultad de retractarse respecto de la entrega voluntaria, la ley actual contempla 30 días desde la fecha en que se haya declarado la voluntad de entregar al menor ante el tribunal. En el proyecto es el mismo plazo, pero se establece una audiencia de ratificación, respecto de la que, en caso de inasistencia del solicitante, se presume de derecho la retractación del mismo. Lo anterior podría resultar atentatorio de la garantía del debido proceso;

F) Respecto del rol del padre o madre no solicitante, cabe señalar que tanto la actual ley como el proyecto obligan a citarlos a la audiencia de ratificación (en el proyecto) preparatoria (en la actualidad). La diferencia la constituye la circunstancia de que la oposición de aquél en el proyecto debe ser fundada, esto es, debe proponer alternativas viables y concretas;

D) En caso de fallecimiento del cónyuge no solicitante durante la tramitación de la entrega voluntaria. El proyecto de ley faculta al juez, excepcionalmente, para en dicho caso efectuar el llamamiento de los ascendientes hasta el segundo grado de consanguinidad, quienes podrán deducir oposición fundada. La actual ley nada dice al respecto y en este punto parece adecuada la proposición del proyecto. Asimismo, el proyecto establece una condición adicional para el padre o madre no solicitante, consistente en que en caso de haber sido éstos condenados por delito sexual cuya víctima fuese, precisamente, la niña, niño

o adolescente objeto de la entrega voluntaria, no se requerirá de su consentimiento; no obstante, se le citará igualmente;

H) En relación con la declaración de susceptibilidad de adopción (actual ley) o de adoptabilidad (proyecto de ley). En la actual ley se establecen dos audiencias, una preparatoria y otra de juicio. En cuanto a la preparatoria básicamente es el mismo procedimiento, citando a ascendientes hasta el tercer grado inclusive, quienes se pueden oponer. El proyecto de ley contiene una novedad consistente en la exclusión del proceso de adoptabilidad a la madre o padre condenados por abuso sexual cuya víctima hubiese sido el niño, niña, o adolescente, de la misma manera ya referida para la entrega voluntaria. En cuanto a la audiencia de juicio, no se advierten mayores cambios;

H) En cuanto a los recursos, en la actual ley ya sea en caso de denegación o declaración de susceptibilidad, la apelación se otorga en el solo efecto devolutivo, en tanto que en el proyecto de ley, la sentencia que declara el derecho de adoptabilidad es susceptible de apelación en el solo efecto devolutivo. En caso de rechazo es apelable en ambos efectos, lo cual parece acertado;

I) En el tema de reapertura del proceso de adoptabilidad de oficio o a solicitud de un interesado, cabe señalar que esta instancia no existe en la actualidad y el proyecto de ley la regula en el artículo 28;

H) En materia de efectos de la declaración de adoptabilidad, el proyecto innova, exigiendo la subinscripción al margen del certificado de nacimiento del menor. Asimismo se establece que una vez realizada dicha subinscripción, el padre o madre biológica no pueden reconocerlo como hijo con posterioridad. La actual ley no contempla dicha exigencia ni efectos;

J) En lo que se refiere a la solicitud de cuidado personal pre adoptivo: En la ley actual y en el proyecto la normativa es similar. La ley actual contempla excepciones a dicha institución, en la cual permite la entrega del cuidado personal, aun cuando no esté ejecutoriada la resolución que declara la susceptibilidad del menor. El proyecto no contempla excepciones al respecto;

I) En cuanto al proceso de adopción nacional, tanto la actual ley como el proyecto le dan competencia para conocer de la solicitud al tribunal con competencia en materia de familia del domicilio de la niña, niño o adolescente, o persona mayor de 18 y menor de 24 (caso del proyecto). Asimismo, se reconoce el carácter no contencioso del procedimiento. Los requisitos y antecedentes que se acompañan son idénticos. Se comienza con una audiencia preparatoria, que

tiene el mismo procedimiento que la actual ley. Enseguida, se cita a audiencia de juicio, a menos que en la preparatoria se falle derechamente. La actual ley se pone en la situación de adopción de hermanos y procura que éstos sean adoptados por una misma familia, cuestión que el proyecto no contempla. Asimismo, el actual artículo 26 de la Ley N°19.620 instruye acerca de la fecha de nacimiento con que quedarán inscritos los casos de adopción de más de un menor por el mismo solicitante, situación que no recoge el proyecto y que se estima necesaria recoger del artículo 26 número 2o de la Ley 19.620; y

N) La adopción de niño, niña o adolescente residentes en el extranjero por personas residente en Chile, constituye una novedad y está regulada en pocos artículos, sometiéndose a la Convención de la Haya sobre adopción internacional ratificada por Chile en 1999.

Ofíciase.

PL-39-2013."

Saluda atentamente a V.S.

1

Rubén Ballesteros Cárcamo
Presidente

Secretaria Subrogante nte