Oficio N° 66 -2015

INFORME PROYECTO DE LEY 15-2015

Antecedente: Boletín N° 9959-18.

Santiago, 22 de mayo de 2015.

Mediante Oficio N° 11.790 de 2 de abril de 2015, el señor Presidente de la H. Cámara de Diputados, al tenor de lo dispuesto en los artículos 77, incisos segundo y tercero de la Constitución Política de la República y 16 de la Ley N° 18.918, Orgánica Constitucional del Congreso Nacional, remitió a esta Corte el proyecto de ley que modifica la Ley N° 19.620, que dicta normas sobre adopción de menores, en protección de la infancia que es declarada susceptible de adopción por inhabilidad parental en razón de pobreza, marginalidad y riesgos implicados en ella (Boletín N° 9959-18).

Impuesto el Tribunal Pleno del proyecto en sesión del día 15 del presente mes, presidida por el titular señor Sergio Muñoz Gajardo y con la asistencia de los Ministros señores Milton Juica Arancibia, Hugo Dolmestch Urra, Patricio Valdés Aldunate, Pedro Pierry Arrau, Carlos Künsemüller Loebenfelder, Haroldo Brito Cruz y Guillermo Silva Gundelach, señoras Rosa María Maggi Ducommun, Rosa Egnem Saldías y María Eugenia Sandoval Gouët, señor Juan Eduardo Fuentes Belmar, señoras Gloria Ana Chevesich Ruiz y Andrea Muñoz Sánchez, señor Carlos Cerda Fernández y el suplente señor Juan Escobar Zepeda, acordó informarlo al tenor de la resolución que se transcribe a continuación:

**AL SEÑOR PRESIDENTE**
**MARCO ANTONIO NÚÑEZ LOZANO**
**H. CÁMARA DE DIPUTADOS**
**VALPARAÍSO**

“Santiago, veinte de mayo de dos mil quince.

**Visto y teniendo presente:**

**Primero:** Que por Oficio N° 11.790 de 2 de abril de 2015, el señor Presidente de la H. Cámara de Diputados, al tenor de lo dispuesto en los artículos 77, incisos segundo y tercero de la Constitución Política de la República y 16 de la Ley N° 18.918, Orgánica Constitucional del Congreso Nacional, remitió a esta Corte el proyecto de ley que modifica la Ley N° 19.620, que dicta normas sobre adopción de menores, en protección de la infancia que es declarada susceptible de adopción por inhabilidad parental en razón de pobreza, marginalidad y riesgos implicados en ella (Boletín N° 9959-18);

**Segundo:** Que a modo de declaración preliminar, esta Corte deja expresado que observa con genuina satisfacción el esfuerzo evidenciado en la presente moción parlamentaria tendiente a abordar la problemática asociada al instituto de la adopción, con miras a velar por el bienestar de los niños, niñas y adolescentes que se ven envueltos en los procedimientos que la preceden;

**Tercero:** Que el proyecto consta de un artículo permanente y una disposición transitoria.

El artículo primero permanente introduce una serie de modificaciones a la Ley N°19.620, que dicta normas sobre adopción, mediante las cuales se alteran las atribuciones de los tribunales con competencia en materias de familia; se suprime a la pobreza como condición suficiente para declarar la susceptibilidad de adopción de un niño; se impone la obligación del juez de ordenar a la autoridad administrativa que otorgue apoyo necesario a las familias que se encuentren en situación de pobreza económica y/o material; se establece la revocación de pleno derecho de aquellas declaraciones de susceptibilidad de adopción con más de tres meses sin que el niño haya sido integrado a una familia definitiva; y se establece el deber de los tribunales de estar constantemente revisando estas causas.

El artículo transitorio, por su parte, establece el deber de los tribunales de justicia de revisar todas aquellas causas con declaración de susceptibilidad de adopción pronunciadas desde el año 2010 a la fecha; fija la obligación de agendar audiencias exclusivas para dar cuenta de eventuales revocaciones de declaraciones de susceptibilidad de adopción; y crea el deber de reunir determinada información en coordinación con el Servicio Nacional de Menores.

El oficio de la Cámara de Diputados no individualiza los preceptos que, en concepto de esa Corporación, tienen carácter orgánico y que, en consecuencia,

deban ser informados por la Corte. Sin perjuicio de ello, es dable advertir que en la iniciativa existen modificaciones orgánicas y procedimentales en la alteración de los artículos 12 número 2, inciso segundo; 15 inciso tercero; 18, inciso tercero, párrafo segundo, y con la agregación de los artículos 16 bis y ter, a la Ley N°19.620, que dicta normas sobre adopción;

**Cuarto:** Que el proyecto sustituye el inciso segundo del número 2 del artículo 12, por el siguiente: *La pobreza económica y material, o las condiciones imputables directa y exclusivamente a esa pobreza, no constituye justificación para separar un niño del cuidado de sus padres, para recibir a un niño en acogimiento alternativo o para impedir su reintegración en el medio familiar, sino que deben considerarse como un indicio de la necesidad de que el Estado proporcione a la familia el apoyo apropiado para ejercer su función cuidadora, debiendo activarse a la brevedad posible la entrega de dicho apoyo, ordenando el juez a las autoridades administrativas que corresponda la efectivización del derecho que tiene el niño a recibirla, rechazando la tramitación del procedimiento destinado a la declaración judicial de adoptabilidad del niño, niña o adolescente, si ese fuese el único argumento planteado."*

La modificación propuesta establece, como norma base, la prohibición de considerar la pobreza económica y material como causa suficiente para declarar la susceptibilidad de adopción de una niña, niño o adolescente, declarando que, por el contrario, la pobreza económica y material, o las condiciones imputables directa y exclusivamente a esa pobreza, deben considerarse como un indicio de la necesidad de que el Estado proporcione a la familia el apoyo apropiado para ejercer su función cuidadora, para cuyo efecto deberá el juez ordenar a las respectivas autoridades administrativas la efectivización del derecho del niño a recibir dicho apoyo.

Respecto de la primera regla, cabe señalar que conforme al artículo 12 de la Ley N° 19.620, son tres las causales en razón de las cuales se puede declarar la susceptibilidad de adopción: 1. La inhabilidad física o moral de los padres para tener a su cuidado al hijo, de acuerdo a lo que dispone el artículo 226 del Código Civil[1]; 2. La falta de atención personal o económica al niño durante un plazo de dos meses, o de treinta días cuando éste tiene una edad inferior a un año; y 3. La entrega del niño a una institución de protección o a un

[1] *Art. 226. Podrá el juez, en el caso de inhabilidad física o moral de ambos padres, confiar el cuidado personal de los hijos a otra persona o personas competentes, velando primordialmente por el interés superior del niño conforme a los criterios establecidos en el artículo 225-2.*

*En la elección de estas personas se preferirá a los consanguíneos más próximos y, en especial, a los ascendientes*

tercero, con ánimo manifiesto de liberarse de sus obligaciones legales, comprendiéndose en tales casos y presumiéndose el referido ánimo en caso de abandono en la vía pública, en lugar solitario o recinto hospitalario.

En el caso referido en el segundo numeral del artículo 12 en comento, relativo a la falta de atención personal o económica, la actual norma dispone: *"no constituye causal suficiente para la declaración judicial respectiva, la falta de recursos económicos para atender al menor"*. Luego, la carencia de recursos económicos no puede ser asumida hoy como una condición que por sí sola sea suficiente para declarar la susceptibilidad de adopción del niño, niña o adolescente.

La moción sugiere reemplazar el actual párrafo segundo –aunque alude al "inciso segundo"- del numeral 2 del citado artículo, por otro que enfatiza este principio, fijando las siguientes reglas: la pobreza económica y material, así como las condiciones que fueren imputables directa y exclusivamente a esa pobreza, no constituyen justificación que permita separar al niño del cuidado de los padres, recibir a un niño en acogimiento alternativo o impedir su reintegro al medio familiar, debiendo el juez rechazar la tramitación del procedimiento destinado a la declaración judicial de adoptabilidad del niño, niña o adolescente, si ese fuere el único argumento planteado.

Al establecer esta primera regla, la moción se extiende más allá de la sola prohibición de considerar la pobreza como única justificación de la declaración de susceptibilidad de adopción, pues incorpora este impedimento como causal genérica para "*separar un niño del cuidado de sus padres"*, con lo que el concepto podría entenderse extensivo a otras medidas de protección que adopten los Juzgados de Familia en uso de sus atribuciones ; lo mismo ocurre con las situaciones relativas a la recepción de un niño en acogimiento alternativo o con el reintegro del mismo a su medio familiar. De esta manera, quedarían incluidas en la norma hipótesis referidas a situaciones que exceden el ámbito de la materia específicamente regulada en el artículo 12 de la Ley N° 19.620, lo que haría deseable una redacción que proporcione mayor certeza sobre los objetivos buscados por la iniciativa y permita una adecuada coherencia normativa.

Cabe rescatar que la exclusión de la pobreza como causal suficiente para declarar la susceptibilidad de adopción de una niña, niño o adolescente, resulta coherente con el marco normativo nacional y los compromisos de derecho internacional adquiridos por el Estado de Chile. En este sentido, interpretando el

principio rector del interés superior del niño, el Comité de Derechos del Niño de las Naciones Unidas ha señalado que "(p)revenir la separación familiar y preservar la unidad familiar son elementos importantes del régimen de protección del niño, y se basan en el derecho recogido en el artículo 9, párrafo 1, que exige "que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de estos, excepto cuando [...] tal separación es necesaria en el interés superior del niño"[2] y dado el impacto negativo que puede tener en dicho principio rector, es que el mismo Comité ha afirmado que "(L)os motivos económicos no pueden ser una justificación para separar al niño de sus padres".[3]

La prohibición de considerar a la pobreza como causal suficiente para declarar la susceptibilidad de adopción de una niña, niño o adolescente, es además consecuente con el derecho a la identidad del niño y el carácter subsidiario de la adopción, que son recogidos por la jurisprudencia de los Tribunales superiores de justicia. También lo es con el principio de igualdad ante la ley y la prohibición de discriminación, establecidos en tratados internacionales, la Constitución Política de la República y la Ley 20.609, que en su artículo 2° prohíbe toda distinción, exclusión o restricción fundada en la situación socioeconómica de la persona y que cause privación, perturbación o amenaza en el ejercicio legítimo de los derechos fundamentales.

Sin embargo, dentro de la regla propuesta, llama la atención que la prohibición, no sólo se refiera a la condición de *"pobreza económica y material",* sino también a *"las condiciones que fueren imputables directa y exclusivamente a esa pobreza".* Delimitar qué se entiende por pobreza para efectos del proyecto de ley es relevante, en cuanto permitiría establecer qué se entiende por *"condiciones imputables directa y exclusivamente a esa pobreza"*, lo que en definitiva va a determinar el alcance de la prohibición en comento y el contenido del "*apoyo apropiado*" que el juez deberá ordenar para garantizar la "*efectivización*" de los derechos del niño;

**Quinto:** Que de acuerdo a la norma en análisis, la pobreza económica y material, o las condiciones imputables directa y exclusivamente a esa pobreza, no servirán como argumento en favor de la solicitud de susceptibilidad de adopción que se presente en sede judicial. Su valor, en cambio, sería el de generar un indicio de que la familia no es capaz de ejercer su función cuidadora

[2] Comité de Derechos del Niño, ´Observación general N° 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial´ (29 de Mayo de 2013) Doc ONU CRC/C/GC/14, parra. 60.
[3] Íbid. parra. 61.

respecto del menor, y por lo tanto, el juez deberá evaluar la necesidad de que el Estado genere la acción positiva de proporcionar a esta familia el "apoyo apropiado" para ejercer aquella función. Establecida la necesidad de la intervención estatal para garantizar un entorno familiar apropiado para el niño, niña o adolescente, la entrega del apoyo debe ser proporcionada a la brevedad posible, y para ello el juez deberá ordenar a las autoridades administrativas hacer efectivo el derecho que tiene el niño a recibirla.

El concepto de "efectivización" se construye a partir del denominado "principio de efectividad", que recoge la Convención de Derechos del Niño, en su artículo 4, conforme al cual "Los Estado Partes adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención. En lo que respecta a los derechos económicos, sociales y culturales, los Estados Partes adoptarán esas medidas hasta el máximo de los recursos de que dispongan y, cuando sea necesario, dentro del marco de la cooperación internacional".

En definitiva, la facultad que se está entregando al juez es la de evaluar, diseñar y ordenar una serie de medidas que realicen los derechos del niño a la familia, identidad y no discriminación, respecto de los cuales existirá un indicio de vulneración en contextos de pobreza. Para ello, el juez deberá ordenar a la autoridad administrativa una serie de medidas que fortalezcan a la familia mediante el respeto, protección y realización de los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales que sean necesarios para asegurar el ejercicio apropiado de su función cuidadora. Esto se traduciría, en una serie de medidas que deben ser ejecutadas por el órgano gubernamental y decretadas por el órgano judicial.

El establecimiento en nuestro país de un sistema integrado de protección de derechos de la infancia de aplicación general, que implemente una estructura gubernamental destinada a proteger los derechos del niño y su interés superior, constituye una tarea que debe abordar el Estado, proporcionando servicios de protección social, programas especializados de asistencia a la infancia y adecuados mecanismos de control administrativo, debiendo quedar reservadas a la jurisdicción solo aquellas situaciones especiales de vulneración de derechos que exijan medidas judiciales de protección o reparación aplicables al caso concreto.

Los términos amplios en que se halla redactada la disposición, con el uso de conceptos jurídicos indeterminados hace factible una confusión de roles entre

el Poder Ejecutivo y el Judicial, en el diseño, implementación, ejecución, seguimiento y evaluación de políticas públicas que vayan en la senda de asegurar la debida subsistencia y protección no sólo de los niños, niñas y adolescentes, sino también del grupo familiar que los cobija.

Sin perjuicio del reparo que merece la amplitud del precepto aludido, que podría implicar la radicación en sede jurisdiccional de funciones propias de la Administración, como observación adicional cabe señalar que si el legislador quisiera otorgar una acción a las personas que, de manera directa o indirecta, vayan en la línea de mejorar las condiciones de vida de los menos aventajados que le permitan cumplir con sus deberes parentales, pareciera curioso acotarla sólo a propósito del procedimiento de declaración de susceptibilidad de adopción, que se erige en la etapa final en que se constatan los efectos de la falta de provisión de bienes y servicios por el Estado, materializados en la afectación de la infancia y adolescencia;

**Sexto:** Que la moción propone agregar al inciso segundo del artículo 15, a continuación del punto final, lo siguiente:

*En particular, el solicitante deberá acreditar específicamente las acciones y programas ejecutados para proporcionar a la familia el apoyo apropiado para ejercer su función cuidadora y las circunstancias concretas que hacen ventajosa la adopción en su caso particular, tales como edad, estado de salud, existencia de hermanos y vinculación entre ellos, entre otras.*

Este artículo, en su redacción actual, establece el deber del juez de constatar la veracidad de los hechos y circunstancias para solicitar la declaración de susceptibilidad de adopción del menor, así como la prueba de las ventajas que la adopción conllevaría en comparación a la continuidad del menor con su familia.

Como efecto reflejo del impedimento de uso de la pobreza económica y material como justificación única de la declaración de susceptibilidad de adopción y del deber del juez de ordenar a la Administración el apoyo adecuado para ejercer su función cuidadora, la moción obliga al solicitante de tal declaración, acreditar las acciones y programas ejecutados para proporcionar a la familia el apoyo apropiado, obligación que pareciera ir de la mano y ser correlativa y posterior al accionar de mecanismos prestacionales, ordenados por el juez, que hubieren tratado de promover la mejora de condiciones materiales de los que tienen a su cuidado al niño, transformando a la instancia judicial en una sede de rendición de cuentas de la Administración.

Cabe advertir que al establecer el deber de *"acreditar por parte del solicitante"* de la declaración de susceptibilidad de adopción, "*las acciones y programas ejecutados para proporcionar a la familia el apoyo apropiado para ejercer su función cuidadora"*, pareciera suponerse al Servicio Nacional de Menores (SENAME), como único legitimado en esta acción, en circunstancias que según el artículo 13 de la actual ley de adopción[4], el procedimiento de declaración de susceptibilidad puede iniciarse de oficio por el juez, por el SENAME, o bien por la persona jurídica o natural que tenga a su cargo al niño, de manera que con este nuevo párrafo se podría imponer al solicitante la obligación de encargarse del despliegue de estos programas tendientes a proporcionar *apoyo apropiado* a la familia del niño, o dar cuenta de ellos , pese a no ser el órgano que los tiene a su cargo;

**Séptimo:** Que en cuanto a la revocación de la declaración de susceptibilidad de adopción, el proyecto propone el siguiente artículo 16 bis nuevo: *Revocación de la declaración de susceptibilidad de adopción. Una vez ejecutoriada la sentencia que declara a una niña, niño o adolescente susceptible de ser adoptado, el tribunal conservará su competencia para los efectos de realizar las diligencias a las que habrá lugar si ocurriese la revocación de la declaración de susceptibilidad de adopción y resolver la solicitud de cuidado personal provisorio del niño, niña o adolescente, si ello fuere procedente de acuerdo a las disposiciones siguientes.*

*Transcurrido el plazo de tres meses, contado desde que la sentencia que declara la susceptibilidad de adopción de una niña, niño o adolescente, quede firme o ejecutoriada, sin que se haya hecho efectivo su derecho a vivir en familia proporcionándole una familia adoptiva a la cual integrarse, dicha declaración quedará sin efecto, por el sólo ministerio de la ley. Acaecido lo cual, el tribunal, de oficio, citará a una audiencia única de acuerdo con lo prescrito en el artículo 16 ter.*

---

[4] Artículo 13.- El procedimiento que tenga por objeto declarar que un menor es susceptible de ser adoptado, se iniciará de oficio por el juez, a solicitud del Servicio Nacional de Menores o a instancia de las personas naturales o jurídicas que lo tengan a su cargo.
Cuando el procedimiento se inicie por instituciones públicas o privadas que tuvieren a su cargo al menor, la solicitud deberá ser presentada por sus respectivos directores.
Cuando el procedimiento se inicie por personas naturales, éstas deberán acompañar a la solicitud el Art. único N° 5 respectivo informe de idoneidad, a que se refiere el artículo 23, que los habilite como padres adoptivos.
En el caso de los menores de filiación no determinada respecto de ninguno de sus padres, sólo podrá iniciar el procedimiento el Servicio Nacional de Menores o el organismo acreditado ante éste bajo cuyo cuidado se encuentren.

*A tal efecto, los Tribunales de Familia y los Juzgados de Letras con competencia en materia de familia, deberán revisar, permanentemente, las causas de susceptibilidad de adopción acogidas. No hacerlo, se considerará una infracción grave al deber de hacer efectivos los derechos del niño, consagrado en el artículo 4° de la Convención de los Derechos del Niño, y su omisión acarreará responsabilidad disciplinaria para el juez o jueces que no cumplan con el deber de revisión.*

*Sin perjuicio del deber oficioso del juez, la citación a la audiencia única a que se refiere el artículo 16 ter, también puede ser solicitada por el niño, niña o adolescente afectado, por sí, en la medida que puedan darse a entender por sí mismo, por cualquiera persona de su confianza, a su nombre, por uno o ambos padres, por miembros de su familia extensa o por cualquier persona que tenga interés en ello.*

El artículo 16 bis nuevo establece, sin señalarlo en esos términos, una especie de caducidad. Es lo que hace al sentar en su inciso segundo que la sentencia que declara la susceptibilidad de adopción de una niña, niño o adolescente quedará sin efecto, por el solo ministerio de la ley, si transcurridos tres meses desde que ella quedare firme o ejecutoriada, la niña, niño o adolescente no fuere integrada o integrado a una familia.

La institución, que el proyecto denomina revocación de la susceptibilidad de adopción, tiene la naturaleza de una *caducidad*, en cuanto determina, de modo automático e inexorable, la extinción de ciertos derechos, poderes o facultades, si no se realiza un acto específico dentro del plazo fijado a tal efecto por la ley. Entendida entonces como caducidad, sería un nuevo caso –como los hay ya en nuestro derecho, sobre todo en el ámbito de familia[5]- de caducidad legal, en virtud del cual la sola falta de incorporación del niño, niña o adolecente a una familia en el plazo de tres meses desde que fuera declarado susceptible de adopción, dejará sin efecto esta declaración.

Cabe precisar que si, operando la caducidad –o sea, la "revocación de la declaración de susceptibilidad de adopción"-, el juez de familia que declaró la susceptibilidad *recupera* su competencia por el solo devenir de las circunstancias a las que la ley les da esa fuerza -en este caso, no haberse hecho efectivo el

[5] A menudo el legislador, por razones de paz familiar y seguridad jurídica, sujeta a la institución de caducidad algunas acciones, como la de reclamación de filiación y la de impugnación de paternidad. Lo propio pudiera decirse del artículo 20 de la Ley N° 19.947, que establece nueva ley de matrimonio civil, en virtud del cual el matrimonio religioso debe presentarse a inscripción ante el Oficial de Registro Civil dentro del plazo de ocho días, pues de lo contrario no producirá efecto civil alguno.

derecho de la niña, niño o adolecente a vivir en familia-. De ahí que no parezca apropiado referir, como hace el proyecto, que el juez "conservará" su competencia, pues en rigor ha operado el desasimiento del tribunal; sólo que la recobrará *ipso jure* si en el plazo de tres meses se verifica la hipótesis omisiva, esto es, la no efectivización del derecho de la niña, niño o adolecente a vivir en familia;

**Octavo:** Que también en el contexto del artículo 16 bis nuevo propuesto, merece comentarios el inciso tercero, que impone al juez de familia la responsabilidad de revisar permanentemente las causas de susceptibilidad de adopción acogidas, sujetando su omisión a responsabilidad disciplinaria.

Lo que se pretende con esta norma –cuestión que solo se puede desprender del mensaje que acompaña al proyecto- es controlar que en un plazo razonable se haga efectivo el derecho de la niña, niño o adolecente a vivir con una familia adoptiva en forma permanente, y evitar que quede en un estado de completo abandono, por plazos inaceptables, incluso de años[6].

Sin desconocer el noble objetivo de la norma, los mecanismos para alcanzarlo no son los apropiados. Y es que no se observa de qué manera la revisión constante del juez de las causas de adopción pudiera asegurar la *efectivización* del derecho de la niña, niño o adolecente a vivir en familia, máxime cuando es posible que no existan interesados en adoptar o hacerse cargo del cuidado personal del niño.

Tampoco es claro el contenido del deber de revisión que establece el inciso en comento. Si sólo significa estar atento al cumplimiento del plazo de caducidad de la declaración de susceptibilidad (tres meses), no es mucho lo que aporta la norma, pues ya el inciso segundo obliga al juez a citar de oficio a la audiencia única que contempla el artículo 16 ter nuevo que propone el proyecto. El rol del juez se limitaría a constatar la llegada del plazo y citar a audiencia.

Por lo demás, ya el artículo 78 de la Ley N° 19.968, que crea los tribunales de familia, grava al juez con una importante responsabilidad en este sentido, cual es la de visitar personalmente los recintos asistenciales existentes en su territorio jurisdiccional. Junto con ello, el numeral 14 del artículo 3° del Decreto Ley N° 2.465, que crea el Servicio Nacional de Menores, establece que a dicho servicio corresponderá la recopilación y procesamiento de información y estadísticas que fueren necesarios sobre menores, sistemas asistenciales que les aplican e instituciones que los atienden.

[6] Texto de la moción del proyecto de ley.

A modo de conclusión, entonces, cabe señalar que la responsabilidad que se impone al juez es difusa, pues no es claro en qué consiste ese deber de revisión de las causas; inconducente, pues no garantiza de modo alguno el objetivo que se propone, cual es el de hacer efectivo el derecho de la niña, niño o adolecente de vivir en el seno de una familia; y sobre abundante, dado que el rol tutelar del juez parece ya estar cubierto por la obligación de visita de establecimientos residenciales que establece el artículo 78 de la Ley N° 19.968 y por la propia normativa que regula al Servicio Nacional de Menores.

De lo expuesto, se concluye que un proyecto como el presentado, para que logre a cabalidad sus objetivos, requiere de una mirada omnicomprensiva del sistema de adopción en nuestro país, que abarque los problemas institucionales de las entidades que tienen a su cargo la protección, cuidado y mejora de las condiciones de los niños, niñas y adolescentes en condición de vulnerabilidad, toda vez que un sistema como el propuesto, que no se hace cargo de los tiempos que toman los procesos de adopción, llevaría al colapso del funcionamiento de los tribunales con competencia en asuntos de familia, en el sentido que éstos se encontrarán en una permanente dinámica de declaraciones de susceptibilidad de adopción, revocación de ellas, y eventuales nuevas declaraciones de susceptibilidad de adopción.

El inciso final del artículo 16 bis, establece quiénes serán los legitimados para que, en subsidio del juez, soliciten la realización de la audiencia que dé cuenta de la revocación *ipso iure* de la declaración de susceptibilidad de adopción. Incluye entre los legitimados para ello al *niño, niña o adolescente afectado, por sí, en la medida que puedan darse a entender por sí mismo.*

Lo así preceptuado no es nuevo, pues ya el artículo 79 de la Ley N° 19.968 contempla, para el ámbito de las medidas de protección, el derecho de audiencia con el juez. Señala al efecto el artículo 79 que "*Los niños, niñas y adolescentes respecto de los cuales se encuentre vigente una medida de protección judicial, tendrán derecho a que el juez los reciba personalmente, cuando lo soliciten por sí mismos o a través de las personas señaladas en el artículo siguiente"*;

**Noveno:** Que acerca de los procedimientos posteriores a la revocación de la declaración de susceptibilidad de adopción, se propone el siguiente artículo 16 ter nuevo: *Procedimientos posteriores a la revocación de la declaración de susceptibilidad de adopción. Al quinto día de cumplido que sea el plazo de tres meses a que se refiere el artículo precedente, el Tribunal citará a una audiencia*

*única , al jefe de la Unidad Regional de Adopción del Servicio Nacional de Menores y, al solicitante de la audiencia, si existiese , informándoles de la revocación acaecida ipso jure , disponiendo la certificación de tal hecho en la causa y , ordenando al Servicio Nacional de Menores, la inmediata cancelación de la inscripción del niño, niña o adolescente de que se trate realizadas en el Registro sobre personas que pueden ser adoptados a que se refiere el artículo 5° de esta Ley.*

*En la misma audiencia, la parte solicitante podrá pedir el cuidado personal provisorio del niño, niña o adolescente, desde el momento en que el Tribunal informa de la revocación y hasta la fecha de realización de la audiencia en la que se resolverá la entrega del cuidado definitivo, en el procedimiento de protección que corresponda, la que deberá programarse en un plazo no superior a treinta días. A tal efecto, deberán acudir a la audiencia correspondiente, con los antecedentes jurídicos, sociales y/o comunitarios que acrediten los vínculos de parentesco, confianza o conocimiento que tienen con las niñas, niños o adolescentes según el caso, así como un informe social que dé cuenta de que poseen un lugar con las condiciones mínimas para recibirlo, y ante todo, las características necesarias para ayudar al niño a superar la condición de abandono en la que se encuentra.*

*En la misma resolución en la que se deja constancia de haber informado el acaecimiento de la revocación , se disponga la certificación de tal hecho y , se ordene al Servicio Nacional de Menores la cancelación de la inscripción referida, el juez resolverá sobre el cuidado provisorio con los antecedentes acompañados por el solicitante; y ordenará la remisión de los antecedentes al Tribunal de Familia que se encuentra conociendo la causa de protección en la que se ordenó la separación del niño de su familia de origen, a fin de que retome el conocimiento de la misma. O bien, si ésta no existiese, abrirá, en ese mismo acto, de oficio, una causa de protección a su favor. En ambos casos, oficiará a la defensoría del niño del Servicio Nacional de Menores para que proceda a nombrar un curador ad litem a los niños afectados, que los represente en tales causas de protección para la pronta restitución de su derecho a vivir en familia.*

*Las declaraciones de susceptibilidad de adopción de niño, niñas o adolescentes revocadas en mérito de lo dispuesto en el artículo 16 bis, no podrán ser reintentadas por simple transcurso del tiempo. Respecto de los niños, niñas o adolescentes en esta situación, familiares, amigos de la familia, conocidos de confianza del niño o terceros interesados en acogerlos en familia,*

*que cumplan con los requisitos establecidos en la ley, deberán solicitar el cuidado personal provisorio del niño al tribunal, como medida de protección de un niño que tiene derecho a ser restituido en su derecho a vivir en familia. Y podrán posteriormente, iniciar un proceso de cuidado personal. O, en el caso de una familia pre-adoptiva, si el cuidado provisorio del niño ha resultado beneficioso para él, el Servicio Nacional de Menores podrá reintentar, fundado en tales antecedentes que se declare la susceptibilidad de adopción, con la condición de que se inicie inmediata causa de adopción a favor del niño por parte de tal familia.*

En cuanto a lo establecido en el inciso primero de este artículo, a propósito de los procedimientos posteriores a la revocación de la declaración de susceptibilidad de adopción, y salvo las acotaciones previas en cuanto al plazo de tres meses para que proceda la revocación por el solo ministerio de la ley, no se observan mayores reparos.

El inciso segundo dispone que en *la misma audiencia, la parte solicitante podrá pedir el cuidado personal provisorio del niño, niña o adolescente, desde el momento en que el Tribunal informa de la revocación y hasta la fecha de realización de la audiencia en la que se resolverá la entrega del cuidado definitivo. E*l artículo 16 ter propuesto omite regular la situación en que quedará aquel niño cuya susceptibilidad de adopción haya sido revocada, y que no cuenta con tercero interesado en su cuidado personal provisorio, olvidando que conforme al inciso final del artículo 16 bis, la revocación y consecuencial audiencia, pueden proceder sin intervención de un solicitante**.** Los incisos cuarto y quinto del artículo 16 ter suponen igualmente la existencia de solicitud por parte de un tercero interesado. Por último el inciso quinto dispone que *las declaraciones de susceptibilidad de adopción de niños, niñas o adolescentes revocadas en mérito de lo dispuesto en el artículo 16 bis, no podrán ser reintentadas por simple transcurso del tiempo,* omitiendo también abordar la situación de aquellos menores que no cuenten con un tercero interesado en su cuidado personal.

Respecto a la posibilidad de que la familia pre-adoptiva sea quien intente se declare nuevamente la susceptibilidad de adopción, no se observa reparo si se considera que el fin último que se pretende es la estabilidad del niño y los vínculos afectivos que podrían generarse entre éste y la familia guardadora;

**Décimo:** Que el conocimiento de la dinámica en que funcionan los tribunales de familia y las circunstancias que rodean a niños, niñas y

adolescentes en situación de abandono o vulneración, pone de manifiesto la inconveniencia de contemplar una caducidad sujeta al plazo de tres meses y estatuida para operar de pleno derecho. Sin perjuicio de tratarse de un plazo notoriamente exiguo para hacer efectiva la finalidad perseguida –el derecho del niño, niña o adolescente a integrar una familia-, lo cierto es que una determinación dirigida a revertir una declaración de susceptibilidad de adopción es connatural a la existencia de un interesado en ello, razón por la que debiera operar únicamente a petición de parte.

Junto con lo anterior, no debe perderse de vista que una caducidad y revocación de pleno derecho como las formuladas en la iniciativa legal que se analiza, traerán aparejada una sucesión de audiencias destinadas a ventilar la declaración de susceptibilidad de adopción; la revocación de la misma y, eventualmente, una nueva audiencia de declaración de susceptibilidad de adopción, y así de manera sucesiva en cada trimestre.

Según se anotó en el motivo precedente, el proyecto no parece reparar en la desfavorable situación que se seguirá para el niño cuya declaración de susceptibilidad de adopción sea revocada, pero que no cuente con una persona interesada en adoptarlo o de asumir su cuidado, teniendo en consideración, además, que la actual estructura administrativa no evidencia la capacidad efectiva para asumir su resguardo;

**Undécimo:** Que el proyecto Introduce al inciso tercero del artículo 15 las siguientes modificaciones:

*a) Al inicio del inciso, sustituyese la expresión "Los informes" por la frase "Las pericias".*

*b) Entre la frase "al respecto" y "solicitarse a alguno", sustituyese la expresión "deberán" por la voz "podrán".*

*c) Después de la expresión "el artículo 6`)," sustituyese la frase "pudiendo el tribunal estimar suficientemente acreditados dichas circunstancias sobre su sólo mérito' por la siguiente: "o a otro organismo especializado, público o privado".*

En cuanto a la modificación contenida en la letra a), sólo se hará mención a las diferencias entre *informe* y *pericia* como medios de prueba. En efecto, los informes pueden ser acompañados al juicio como cualquier documento, y según las reglas del Código de Procedimiento Civil, en cualquier oportunidad del juicio; las pericias tienen un periodo acotado para ser acompañadas, hasta 5 días previos a la realización de la audiencia de juicio según lo ordena el artículo 46 de la Ley N° 19.968, oportunidad que precluye una vez vencido el plazo. En cuanto

a la prueba pericial, según la regulación contenida en los artículos 46 y 49 de la Ley N° 19.968, los peritos pueden comparecer en juicio, para efectos de declarar el contenido de su informe, situación que no es posible en el caso de presentarse meros informes.

Las modificaciones contenidas en las letras b) y c) dicen relación con el reemplazo del deber por la facultad de solicitar estas pericias, ampliando el espectro de instituciones autorizadas para realizarlas, eliminando para el tribunal la posibilidad de resolver la solicitud con el sólo mérito de los antecedentes proporcionados por los organismos mencionados en el artículo 6° de la Ley 19.620 –SENAME y organismos acreditados ante él-, modificación que parece congruente con los propósitos del proyecto de ley de aumentar la rigurosidad a la hora de declarar una susceptibilidad de adopción, y permitiendo al juez contar con pericias de otras entidades, como ocurre bajo las reglas generales en materia procesal.

El proyecto agrega en el párrafo segundo, del inciso tercero, del artículo 18, e*ntre la palabra "menor," y la expresión " el juez", la siguiente frase: "o cuya medida se encuentre en revisión".*

Sobre esta modificación no se observan reparos, salvo en cuando sería propicio sustituir la expresión “menor” por “niño, niña o adolescente”;

**Duodécimo:** Que la disposición transitoria única del proyecto reza: *Los Tribunales de Familia y los Jueces de Letras con competencia en materias de familia, de oficio, deberán revisar las causas en las que cada uno de ellos hayan decretado susceptibilidad de adopción de niños, niñas y adolescentes y que permanezcan en dicho estado por un plazo superior al establecido en el nuevo artículo 16 bis, a lo menos, durante el período comprendido entre el año 2010 y la fecha actual. La revisión deberá realizarse en un plazo máximo de 5 meses contados desde la publicación de esta ley.*

*Sin perjuicio de ello, cualquier persona interesada en la revisión de una causa en la que un niño, niña o adolescente haya sido declarado susceptible de ser adoptado, que se encuentre en dicho estado por más de tres meses contados desde de la fecha de dicha declaración, que por cualquier razón, no resultare incluida en la revisión de oficio que llevaran a cabo los jueces, o en la que la declaración de susceptibilidad no se halle comprendida dentro del período señalado en el inciso anterior, por ser anterior al año 2010, podrá siempre solicitarla ante el Tribunal que corresponda para todos los efectos establecidos*

*en los artículos 16 bis y 16 ter. Entendiéndose como tal, el Tribunal que decretó la susceptibilidad de adopción.*

*Las audiencias que será necesario realizar deberán llevarse a cabo , cada mes, en fechas previamente avisadas y debidamente anunciadas al público a nivel nacional , tanto por el Poder Judicial como por el Servicio Nacional de Menores por medios de comunicación masiva. Ello, sin perjuicio de ser legalmente notificadas las familias, previa actualización de sus domicilios, la que deberá realizar el Tribunal en colaboración plena del Servicio Nacional de Menores. Actualización que debe constar en autos. Las audiencias deberán realizarse, de modo continuo y sucesivo, hasta completar la totalidad de las causas. El procedimiento aplicable será el establecido en el artículo 16 ter.*

*Para el mejor resultado de las mismas, el Tribunal , sin perjuicio de la notificación legal correspondiente, oficiará previamente al Director Regional, al Jefe de la Unidad Regional de Adopción y de la Unidad Regional de Protección del Servicio Nacional de Menores, a fin de coordinar sus acciones con el Tribunal en orden a identificar , previo a la realización de las audiencias, a todos los niños declarados susceptibles de ser adoptados en la jurisdicción del Tribunal que se encuentran acogidos en el sistema , tanto en hogares de administración directa de ellos, como en organismos colaboradores de carácter privado, la situación jurídica en la que se encuentran, y particularmente, las causas de adopción abiertas a su favor, su situación familiar, de familia extensa, ubicación de su red familiar, situación socioeconómica y de salud actual del grupo familiar, tiempo de institucionalización del niño, familias de acogida disponibles en la región, entorno comunitario, situación de salud, educacional y de protección social del niño, niña o adolescente, de modo de garantizar su asistencia -y la de su red familiar- debidamente preparada a las audiencias correspondientes, tanto de información de la revocación como las sucesivas de protección que correspondieren.*

*A efectos de acreditar estas circunstancias ante el Tribunal, los informes de la situación actual de la familia de origen o extensa que presente el SENAME sólo podrán ser estimados cómo base para determinar el plan de intervención proteccional necesario para dicha familia en favor de la reintegración del niño o adolescente a su familia, o la necesidad de desarrollar un determinado plan de preparación para la vida independiente para el niño o adolescente y de reintegración comunitaria. Si el Tribunal estimare que tales informes no son, suficientes, completos o no están basados en antecedentes objetivos, comprobables, serios y científicos, ordenará al Director Regional del Servicio la*

*realización de un peritaje sistémico (social- económico y de salud física, mental y emocional) que proponga un plan de intervención integral de la familia y revinculación con el niño, con cargo a su servicio, que deberá ser cumplida en el plazo de 15 días.*

*Lo dispuesto en los artículos 16 bis y ter, será plenamente aplicable a las causas a que se refiere esta disposición transitoria, aunque las mismas se hayan tramitado conforme a leyes diferentes, y sin que se pueda estimar que se ha producido desasimiento alguno del Tribunal, que las impida.*

En cuanto a lo dispuesto en los incisos primero y segundo de la disposición única transitoria en análisis, valgan los comentarios y precisiones realizados a propósito del análisis del nuevo artículo 16 bis del proyecto. Por su parte, ante la obligación que se pretende imponer a los tribunales con competencia en asuntos de familia, en cuanto a la revisión de las causas de susceptibilidad de adopción comprendidas entre los años 2010 a la fecha, se debe tener en consideración la nueva carga que esta imposición significaría para los tribunales competentes. De igual manera, en razón de lo dispuesto en el inciso tercero del artículo en comento, la realización de las audiencias de revocación, que deben ser continuas y sucesivas, podría alterar notablemente la agenda de los tribunales, lo cual inevitablemente significaría un retraso en los demás procedimientos en tramitación.

Por otra parte, no se advierte la necesidad de incluir la disposición según la cual las audiencias de revocación deben ser anunciadas al público a nivel nacional, por medios de comunicación, no obstante la notificación que deba hacerse a las familias. Ello no es coherente con la actual legislación, pues el artículo 9 de la ley de adopción, en el inciso segundo de su número 2, establece una forma de notificación similar, por medio de publicación en el diario oficial, pero sólo en el caso que no puedan ser notificadas las familias, previo requerimiento de información al Servicio de Registro Civil e Identificación y el Servicio Electoral. Si bien las notificaciones por medios de comunicación masiva no son extrañas a nuestro ordenamiento, no se aprecian razones para hacer aplicable esta forma de comunicación sin carácter subsidiario para la realización de audiencias de revocación de susceptibilidad de adopción, tanto más si se considera el carácter sensible que reviste la materia.

El inciso cuarto del artículo en comento, amplía notablemente la gama de responsabilidades que a los tribunales con competencia en asuntos de familia entrega el inciso tercero del artículo 16 bis del proyecto, al imponerle además

el deber de oficiar al *Director Regional, al Jefe de la Unidad Regional de Adopción y de la Unidad Regional de Protección del Servicio Nacional de Menores, a fin de coordinar sus acciones con el Tribunal....*", asignándole obligaciones que son propias de un órgano de la administración del estado y no de tribunales encargados del ejercicio de la jurisdicción.

Como se ha señalado en otros acápites del presente informe, es el SENAME, según su Ley Orgánica, la institución encargada de contribuir a proteger y promover los derechos de los niños, niñas y adolescentes que han sido vulnerados en su ejercicio, debiendo diseñar y mantener una oferta de programas especializados destinados a la atención de los mismos, dirigiendo especialmente su acción a aquellos que hubieren visto vulnerados sus derechos, cuando esta situación tuviere como causa principal la falta de una familia u otra persona legalmente responsable que se haga cargo de su cuidado personal, las acciones u omisiones de los padres o de las personas que tengan su cuidado personal o la inhabilidad transitoria o permanente de estas personas para velar por los derechos de aquéllos sin ayuda del Estado.[7] En efecto, al describir sus funciones su respectiva ley orgánica, se sindica la obligación de dicha entidad de aplicar y hacer ejecutar las normas y medidas que imparta el Gobierno en materia de asistencia y protección a los niños; proponer (al Ministerio de Justicia) planes y programas destinados a prevenir y remediar las situaciones que afectan con el fin de obtener su desarrollo integral, sugiriendo metas y prioridades de acuerdo con las necesidades nacionales y regionales; desarrollar y llevar a la práctica, por sí o a través de las instituciones reconocidas como sus colaboradoras, los sistemas asistenciales que señale la ley o sean establecidos por el Ministerio de Justicia; efectuar la coordinación técnico-operativa de las acciones de que trata esta ley, ejecuten las instituciones públicas y privadas; y recopilar y procesar la información y estadística que fueren necesarias sobre, sistemas asistenciales que se les aplican e instituciones que los atiendan (numerales 1, 2, 5, 9 y 14 del artículo 2° del DL 2465, que crea el Servicio Nacional de Menores y Fija el texto de su Ley Orgánica).

De lo dicho, no se advierte razones para mover la frontera de estas responsabilidades hacia los tribunales de justicia, siendo por tanto recomendable que estas acciones de planificación y particularmente la recopilación de información que por mandato legal es deber del SENAME reunir, sea puesta por

[7] Artículo 1° inciso primero y artículo 2° número 1 del DL 2465, que crea el Servicio nacional de Menores y Fija el texto de su Ley Orgánica.

ese Servicio a disposición de los tribunales de justicia y no que sean estos últimos los que deban asumir su ejecución o levantamiento;

**Decimotercero:** Que a la luz de las consideraciones precedentes y sin desmedro de lo expresado en la segunda motivación, la necesidad obvia de deslindar con absoluta precisión los contornos de la responsabilidad que respectivamente pesará sobre la autoridad administrativa y sobre el ente jurisdiccional hace especialmente relevante que se defina por el legislador cuáles van a ser las atribuciones del juez en relación con la Administración y si serán aplicables las medidas de apremio con las que cuenta la judicatura para hacer cumplir lo ordenado, como asimismo, aclarar si el proyecto está financiado y dotado de la infraestructura imprescindible para que la autoridad correspondiente –con primacía el Servicio Nacional de Menores- cuente con los recursos materiales, sociales y de gestión básicos e indispensables para asumir el estándar más exigente que subyace a la iniciativa legal en análisis. Resaltar este último aspecto resulta de la mayor importancia toda vez que los hechos y la experiencia demuestran que el aparato administrativo no ha contado ni cuenta con los medios para dar respuesta a los mínimos requerimientos que le dirigen los tribunales de familia.

Lo anterior conlleva tener presente la diferenciación entre las funciones propias de la función cautelar que ejerce la jurisdicción respecto de los niños en situación de precariedad, y aquéllas inherentes al ente estatal que administra el cumplimiento de la decisión cautelar.

En ese contexto y bajo la vigencia de una normativa como la proyectada, los tribunales no tendrán inconveniente en ejercer sus atribuciones para efectos de hacer concretas las innovaciones propuestas en materia de *efectivización* del derecho de niños, niñas y adolescentes a vivir en familia que tendrá a su cargo la autoridad administrativa, pudiendo llegar, incluso, a dar aplicación a las medidas de apremio previstas en el ordenamiento legal para efectos de hacer cumplir lo ordenado por el tribunal, específicamente las que dispone el artículo 238 del Código de Procedimiento Civil.

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 que modifica la Ley N° 19.620, que dicta normas sobre adopción de menores, en protección de

la infancia que es declarada susceptible de adopción por inhabilidad parental en razón de pobreza, marginalidad y riesgos implicados en ella. Ofíciese.

Se previene que el Presidente señor Muñoz y el ministro señor Juica estuvieron por informar favorablemente el proyecto en la parte que prevé la *efectivización* de los derechos del niño, niña y adolescente tal como viene presentada en la moción, pues no observan reparos en el deber que se asigna al juez a decidir y exigir a la autoridad administrativa que proporcione la debida protección a los niños que se encuentren en una situación de abandono, precariedad o vulneración que la amerite.

Igualmente, las ministras señoras Maggi y Egnem estuvieron por no efectuar la precisión contenida en el párrafo tercero del motivo decimotercero.

PL-15-2015".

Saluda atentamente a V.S.

Milton Juica Arancibia
Presidente subrogante

Rubén Donoso Paredes
Prosecretario suplente