

Nuevo régimen de adopción

Ambrosio Rodríguez Quiroz

Profesor Titular de Derecho Civil

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

Y UNIVERSIDAD DE CHILE

I. ALGUNOS CONCEPTOS BASICOS Y VISION HISTORICA

En general, dice don Luis Claro Solar en el tomo 3° pag. 94 de su obra, se da el nombre de adopción al acto por el cual se recibe, legalmente, como hijo a quien no lo es por naturaleza. Ese es el concepto simple y central que va a estar presente en todas las legislaciones, en la evolución histórica de las distintas leyes chilenas. La adopción es una imitación de la naturaleza; es un fenómeno jurídico, es una ficción jurídica, una creación del legislador, por la cual se le otorga la calidad de hijo a quien por naturaleza no lo es.

En el derecho romano, al terminar con la época de Justiniano, se distinguían dos grandes tipos de adopción: la adopción plena, o semiplena, según se otorgara o no al hijo la calidad de legítimo. Es decir, si el hijo adoptivo rompía los vínculos con la familia anterior era adopción plena; si no rompía estos vínculos, y quedaban vínculos subsistentes con su familia de origen, la adopción era semiplena. Pero, además, en el derecho romano se conoció una forma de adopción que se llamó alumnato, que consistía en recoger a una persona desvalida, abandonada por sus progenitores, con el fin de educarla, criarla, establecerla, y, en definitiva, darle un régimen de vida acorde con su calidad de ser humano, que no tenía en su familia de origen. Esto del alumnato lo destaco porque es, en el fondo, lo que la actual Ley N° 18.703 reconoce como adopción semiplena: no crea estado civil, es un sistema de tuición, para hablar en términos corrientes, de tuición un poco más reglamentada, más favorecida. Más reglamentada, porque se concede a un tercero, que no es el padre o la madre, y más favorecida respecto del menor, precisamente por la misma razón.

El principio básico de la adopción es que ella es una imitación de la naturaleza. Curiosamente, en el derecho romano se creó una incapacidad que duró hasta el siglo XIV, referida a los castrados. Los castrados no podían adoptar, precisamente porque, como no pueden engendrar, no podía darse en ellos, tampoco, la ficción de imitar la naturaleza. En Roma, por las

circunstancias propias de la época, la adopción perseguía otras finalidades: a través de la adopción, se otorgaba la calidad de ciudadano o, dicho de otro modo, por medio de la adopción podía llegar a ser ciudadano quien no lo era por nacimiento; se podía cambiar de clase social y pasar de plebeyo a patricio; y, en relación a lo que a nosotros nos interesa principalmente, se establecía como un orden en el derecho sucesorio, asegurándose un sucesor a quien no lo tenía por naturaleza.

En el derecho español, no fue conocida sino hasta el siglo XIV, cuando fue introducida en el derecho español al Fuero Real. Luego Las Partidas, inspiradas directamente de los textos romanos, le dan un nombre que, hoy día, se ha perdido en la nomenclatura, pero que durante muchos años sirvió para conocer esta institución: se llamó el "profijamiento", definida como "una manera –dice en Las Partidas– que establecen las leyes, por la cual pueden los hombres ser hijos de otros, aunque no lo sean naturalmente", es decir, el mismo concepto que da don Luis Claro Solar, que proviene del derecho romano: dar a quien no es naturalmente hijo, la calidad de tal.

II. LA ADOPCION EN LA LEGISLACION NACIONAL

El Código Civil chileno no reglamenta la adopción. Hoy, diría que por primera vez en su texto, el nuevo Art. 179, que va a comenzar a regir conjuntamente con la ley que estamos analizando, se refiere a la filiación adoptiva en el título 7°, "De la Filiación. Reglas Generales": la filiación por naturaleza puede ser matrimonial o no matrimonial y agrega: en la adopción, los derechos entre adoptantes y adoptados, y la filiación que puede establecerse entre ellos, se rigen por la ley respectiva. De esta manera, se incorpora al articulado del Código Civil este concepto de filiación, pero el texto del Art. 179 no dice que, necesariamente, es una forma de filiación, como en definitiva ha quedado en la ley, dice que la filiación puede establecerse entre adoptante y adoptado, de manera que el marco legal básico, el Código Civil, creó un sistema bastante más amplio que aquel que recoge la Ley N° 19.620, en donde básicamente se otorga la calidad de hijo y se crea una forma de filiación, que junto a la filiación genética y a la filiación legal, o la que proviene de reproducción asistida, son las tres formas de filiación que va a reconocer nuestro sistema.

Podemos agregar que la filiación adoptiva es, en algún sentido, mucho más firme, más definitiva, que la filiación natural, aquella que proviene de la naturaleza, porque la filiación de naturaleza puede pasar a ser adoptiva, pero la adoptiva no puede volver a pasar a naturaleza, salvo el caso de nulidad, y la filiación que surge de las técnicas de reproducción asistida simplemente es inmovible, inatacable. De consiguiente, la filiación que en

el nuevo sistema del Código Civil parece revestida de menor grado de certeza, de menor grado de perdurabilidad, es la filiación natural.

La primera Ley de Adopción en Chile, N° 5.343, tuvo tantos defectos que su vigencia fue efímera y se prestó a abusos, como señalan los comentaristas de la época, porque personas que estaban impedidas de contraer matrimonio recurrieron al subterfugio de la adopción para en definitiva tener una forma de convivencia. Por eso, se dictó la Ley N° 7.613, en octubre del año 1943, que rige hasta el día de hoy. En esta ley la adopción presenta las siguientes características: primero, es contractual; es un contrato, además, solemne, que debe ser autorizado por la justicia e inscribirse en el Registro Civil. Los efectos solamente se producen entre adoptante y adoptado, lo que es lógico, porque, teniendo la característica contractual, el principio del efecto relativo de los contratos se le aplica y, por lo tanto, sólo va a obligar a adoptantes y adoptados. El único efecto que se produce erga omnes, más allá, reflejo de este contrato, son ciertos problemas de impedimentos para contraer matrimonio. No constituye un estado civil y es –dice la ley– un beneficio establecido en favor del adoptado.

En materia sucesoria, el adoptado por la Ley N° 7.613 tiene iguales derechos que un hijo natural. Esto va a significar, en principio, que si este adoptado actual se acoge a la nueva ley, su situación jurídica va a mejorar, aunque vamos a ver que ello se va a producir exclusivamente en tres órdenes de sucesión y no en los cuatro en donde existían los antiguos hijos naturales.

No es legitimario, hoy no es heredero forzoso; de manera que, en términos generales, los efectos de la Ley N° 7.613 no se apartan de los que tradicionalmente se conocen dentro de la adopción. La Ley N° 16.346, del año 1965, creó una figura que se llamó de la legitimación adoptiva, que tenía por finalidad dar al adoptado la calidad de hijo legítimo de los adoptantes. Pero, al decir de quienes han estudiado esto, y la explicación de la Ley N° 18.703, creó procedimientos tan engorrosos, sistemas tan difíciles, tan largos, tan poco acordes con lo que es la evolución de la vida del adoptado, que siempre tiene que ser un menor, que muchas veces los procedimientos no terminaban sino hasta cuando el adoptado llegaba a una edad en la que era imposible realizar el acto de adopción. Por esa razón se dictó la Ley N° 18.703, derogando expresamente la Ley N° 16.346.

Esta ley, también vigente hasta el 27 de octubre, contempla dos sistemas de adopción: adopción simple y adopción plena. La adopción simple es, en otras palabras, el alumnato del derecho romano; es una medida de protección a menores de 18 años que carecen de bienes y de otro sistema que los ampare y los proteja en la vida. Solamente se puede adoptar por

una persona; el adoptado queda sujeto a la autoridad paterna y patria potestad, si es que no está sujeto a otra, y el adoptante contrae las obligaciones de dar alojamiento, sufragar los gastos de alimentación, crianza y educación del adoptado. Se crean impedimentos para contraer matrimonio. Esta adopción simple, de la Ley N° 18.703, no confiere derechos sucesorios. El adoptado simple no tiene derechos en la sucesión del adoptante. Es, en definitiva, y hablando en expresión corriente, una forma de tuición reforzada y no busca más que eso.

La adopción plena de la Ley N° 18.703, en cambio, le otorga al adoptado la calidad de hijo legítimo – dice la ley– de los adoptantes. Se constituye por sentencia judicial; sólo puede adoptar un matrimonio, y puede hacerlo respecto de ciertos menores que se encuentren en alguna de las situaciones de hecho que la ley tipifica: huérfano de padre y madre, ser de filiación desconocida, encontrarse abandonado, o ser hijo de cualquiera de los adoptantes. La adopción plena es irrevocable y exige una diferencia de 20 años o más entre adoptantes y adoptado.

Obviamente, como crea un estado civil, hace desaparecer los vínculos con la familia de origen del adoptado, salvo en lo referente a los impedimentos para contraer matrimonio y ciertos tipos penales, por ejemplo, el parricidio, que sigue siendo penado como tal, si es que el adoptado da muerte a quien fue su padre biológico. Esta Ley N° 18.703, además, contempla un sistema y todo un título para autorizar la salida de menores al extranjero con el fin de ser adoptados. Además señala que, en este caso, la intervención de la jurisdicción nacional sólo se limita a autorizar la salida del menor, porque – lo dice expresamente la ley– la adopción se rige, en lo sustantivo, por la ley del país extranjero en que se va a verificar.

De manera que los casos que nosotros conocimos que tanto afectaron el decoro de los tribunales de justicia; estas situaciones irregulares que se produjeron en distintos tribunales a lo largo del país, durante mucho tiempo, se referían expresamente a la forma de otorgar esta autorización; porque o no se cumplían, o se omitían, o simplemente se soslayaba el cumplimiento de los requisitos que la ley establecía para autorizar la salida del menor al extranjero. La salida de menores es un tema que todas las legislaciones reglamentan minuciosamente. En nuestro país, la salida de los menores que están sujetos a la patria potestad, a la autoridad del padre y la madre, tiene que ser autorizada por ambos padres, en el régimen normal de la convivencia del matrimonio. Si ésta está rota, y la madre tiene la tuición, también debe requerir la autorización del padre. La autorización del juez para otorgarla en caso de negativa de los padres es siempre subsidiaria y es motivo de un procedimiento judicial extraordinario. Si uno examina el Art. 13 y el Art. 14 de la Convención Internacional de los Derechos

del Niño, con toda una reglamentación de la materia, dice, expresamente, que todo país debe adoptar medidas efectivas de resguardo para impedir la salida ilegal de menores hacia el extranjero,

Lo anterior porque es un hecho que existe un tráfico internacional de menores; es un hecho que la adopción de menores constituye una actividad lucrativa importante para muchas personas, lamentablemente, y es un hecho también que en Chile funcionarios de la administración de justicia, abogados y personas vinculadas con estas actividades, se han prestado y han lucrado usando indebidamente este procedimiento. Obviamente, uno no puede dudar de los buenos propósitos del legislador, pero, indudablemente, tener como única cortapisa, como única intervención del órgano jurisdiccional del Estado, en definitiva, de la soberanía nacional, respecto de un menor que es nacional chileno, que se deba limitar a autorizar su salida del país y decir expresamente que se somete esa adopción a la legislación extranjera, parece una medida de resguardo que no cumple con todos los requisitos necesarios para efectivamente llevar a cabo este propósito.

La nueva ley cambia absolutamente esta situación y establece un procedimiento para que extranjeros no residentes en Chile adopten en el país, pero sujetos a la legislación chilena y cumpliendo una serie de requisitos, respecto de los cuales el tribunal está obligado a velar por que efectivamente se lleven a la práctica.

III. ANÁLISIS DE LA LEY N° 19.620

Para efectos de su análisis, he dividido la Ley N° 19.620 en tres aspectos: los aspectos de derecho civil, la parte procesal y la parte penal.

1. Aspectos sustantivos

Vamos a analizar, en primer término, los aspectos sustantivos. La ley se construye sobre algunas ideas matrices que son las que pasamos a detallar:

a) En primer lugar, la derogación expresa de las leyes vigentes al 26 de octubre de 1999. Como se sabe, esta fecha resultó porque la Ley N° 19.585, Ley de Filiación, dijo que regiría un año después de su publicación en el Diario Oficial, y esta ley de adopción, a su vez, señala que su vigencia será coetánea con la Ley N° 19.585. De esta manera, a contar del 27 de octubre de 1999, las leyes N° 7.613 y 18.703 quedan derogadas, en teoría, porque, como lo vamos a analizar en su oportunidad, la derogación de

estas leyes antiguas es relativa. Se ha producido un fenómeno, que es muy análogo al que se refiere el Art. 22 de la Ley de Efecto Retroactivo de las Leyes, sobre todo en la adopción, que tiene un carácter contractual, aunque los efectos estén regulados en la ley, porque eso no quita el carácter contractual de una institución. En la adopción hay muchos contratos, que siendo tales la ley reglamenta sus efectos, pero obviamente el impulso, lo que le da nacimiento es la voluntad. Esta primera idea matriz no es un propósito logrado definitivamente, sino a medias y que malogra el objetivo de modificar de una manera armónica los órdenes de la sucesión intestada; y, además, porque va a quedar vigente un sistema sucesorio para el adoptado, en determinados casos, que va a obligar a repartir la herencia, en el segundo orden de sucesión, de una manera distinta de cómo lo establece el nuevo texto del Código Civil.

b) Finalidad de la ley: es establecer una filiación subsidiaria respecto de la filiación de origen. Existe un cierto propósito de redactar los textos legales en términos declamatorios, que no se concilian con lo que es la realidad jurídica, pero que indudablemente satisfacen otros propósitos. Para el que escucha esto, sin tener mayor idea, lo encuentra muy apropiado: "la adopción tiene por objeto velar por el interés superior del adoptado y amparar su derecho a vivir y a 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". De manera que la idea central, expresada jurídicamente, es crear una filiación subsidiaria respecto de la filiación de origen, y que, dicho en los términos en que está expresado el Art. 1°, su objetivo básico es el interés del adoptado, proporcionarle el seno de una familia que lo acoja y que lo proteja; que encuentre en estos padres sustitutos lo que no le brindaron sus padres biológicos. Esa frase es muy bonita, pero el punto de vista jurídico es otra cosa: se trata de sustituir una filiación de origen genético por una filiación creada por la ley.

c) El adoptado en virtud de la nueva ley va a adquirir, siempre, la calidad de hijo de los adoptantes. Tal como los antiguos hijos legítimos, pasa a ser hijo. De consiguiente, a contar del día 27 de octubre de 1999, existen en el país tres fuentes, tres orígenes de filiación: primero, una fuente genética, que puede ser determinada, no determinada, matrimonial, o no matrimonial; es decir, la más conflictiva de todas, la que presenta más alternativas; segundo, una fuente adoptiva, los hijos adoptivos o adoptados; y, tercero, una fuente legal de filiación, que son aquellos hijos nacidos de técnicas de reproducción asistida a la cual voluntariamente se han sometido los padres, de acuerdo al nuevo Art. 182 del Código Civil.

¿Qué es lo que ocurre? Ocurre que, de estas tres fuentes de filiación, la más natural de ellas, la que más responde al modo normal de procrear en la especie humana, es la que ha quedado con un menor grado de estabilidad y con menor carácter de fijeza. La filiación legal, aquella que proviene de un medio de fertilización asistida, es inamovible; hay una presunción de derecho: se presume de derecho que son los padres aquellos que se han sometidos a este tratamiento, y origina algunos interrogantes, como por ejemplo: ¿qué pasa con el arriendo de útero, el régimen de los embriones, las madres sustitutas? Todo eso no tiene cabida, nadie es oído si quiere tratar el tema, porque hay una presunción de derecho que le confiere a esta filiación carácter absoluto de fijeza y radicación.

d) La adopción debe ser preparada. Ese es el sistema de la ley; para preparar una adopción el menor debe ser incluido en un registro de personas susceptibles de ser adoptadas; los futuros adoptantes deben inscribirse en un registro de personas susceptibles de ser adoptantes; el Servicio Nacional de Menores, a su vez, es el organismo encargado de acreditar a corporaciones o instituciones que se dediquen, precisamente, a ubicar hijos y padres. En definitiva, tanto en forma extrajudicial como judicial, según lo veremos en los procedimientos, la adopción debe ser preparada. Ha dejado de ser un acto espontáneo; no basta con otorgar una escritura pública, autorizarla ante un tribunal y subinscribirla al margen de la inscripción de nacimiento de una persona. Tampoco basta con que un tribunal la decrete en un procedimiento breve y sumario; si bien es cierto, existe un principio de celeridad procesal, el trámite en sí es engorroso, porque requiere ordinariamente esta preparación de la adopción para luego pasar, en una segunda etapa, a lo que es la adopción propiamente tal.

e) Rol que juega la voluntad del menor en la adopción. Sobre este punto me quiero detener, porque creo que realmente es una cuestión significativa, importante y de trascendencia, desde el punto de vista del menor, no de los padres. ¿Por qué? Porque el Art. 3° de la ley dice que el juez que interviene en estos procedimientos debe escuchar al menor, y se pone en dos situaciones: primero, si el futuro adoptado es un impúber –dice la ley–, el juez debe tener debidamente en cuenta sus opiniones acerca de si quiere ser adoptado o no, en función de su edad y madurez. Y, agrega, si el adoptado es menor adulto, su consentimiento es necesario; de manera que el menor adulto debe consentir en la adopción, y debe manifestarlo expresamente ante el juez. Si su opinión es negativa –dice la ley–, se debe dejar constancia de ello en el expediente, pese a lo cual el juez puede ordenar que prosiga el procedimiento. De manera que, de acuerdo al nuevo sistema, una persona que está próxima a ser mayor de edad, cuando manifiesta su opinión de no querer ser adoptado, el tribunal puede prescindir de ella. Creo que ésta es una cuestión gravísima, porque se violenta

la voluntad del menor, siendo de advertir casi con seguridad que la adopción que se otorgue en estas condiciones en nada beneficiará al menor.

Hay una antinomia esencial, entre el Art. 1° de la ley y esta disposición, porque si la finalidad de la ley es el bienestar de la persona, si se hace en contra de la voluntad, ¿puede alguien, racionalmente, pensar que esa finalidad se puede lograr? ¿Se puede concebir, en forma jurídica, que se prescindiera de una manera tan violenta del consentimiento de una persona, que es un menor adulto, en una materia tan importante como si acepta o no ser adoptado?

Creo que esta norma que autoriza al juez para prescindir de este consentimiento, obviamente es susceptible de ser impugnada, por más que la ley diga que solamente procede la nulidad, que es irrevocable, etc. Porque si se requiere el consentimiento de una persona para la existencia de un acto jurídico, la prescindencia de ese consentimiento no puede generar el acto jurídico que se persigue, no es un problema de conversión del acto nulo; no es tampoco aquello del Art. 1444 del Código Civil; son otras cosas: éste es un problema que dice relación con el estado civil de la persona y aquí se está adquiriendo un derecho, quizás es el más importante, en contra de la voluntad de una persona. Resulta que yo no puedo adquirir en contra de mi voluntad la calidad de comprador, vendedor, arrendatario, mandatario, mutuario, ningún contrato de orden patrimonial, pero puedo, contra mi voluntad, adquirir el estado civil de hijo.

Pienso que esta disposición no sólo violenta lo que es la naturaleza de las cosas, sino que genera una situación que la hace incompatible con el Art. 1° de la ley, y que a pesar de que ésta es una situación irrevocable, que sólo se puede atacar por nulidad, el hecho de que se permita prescindir del consentimiento del adoptado genera, a mi juicio, una forma de impugnación a la cual me voy a referir más adelante, cuando veamos la situación desde el punto de vista de los padres que quieren abandonar un hijo.

2. Aspectos procesales

Adentrándonos en lo que son los aspectos procesales de la ley, las tramitaciones directamente ante los tribunales, espero haber logrado establecer que en la nueva ley la intervención de los jueces en materia de adopción es fundamental y esencial. Sin ella, simplemente no hay adopción. De manera que no es extraño que la ley haya debido reglamentar, con bastantes detalles, los procedimientos judiciales y las características que ellos tienen, y todo lo que es la tramitación misma de estos asuntos, porque no son contenciosos y, no siendo contenciosos, tampoco se puede deducir oposición.

Es necesario destacar la importante participación que la ley atribuye al Servicio Nacional de Menores, sea en los aspectos extrajudiciales y en los aspectos judiciales. En los aspectos extrajudiciales, según los Arts. 5° y 6° de la ley, la función del SENAME dice relación, en primer lugar, con acreditar organismos para habilitarlos como intervinientes en los programas de adopción. Esta acreditación se otorga solamente a fundaciones o a corporaciones que tengan por objeto la asistencia y protección a menores de edad; que, además, demuestren competencia técnica y profesional para ejecutar programas de adopción, y sean dirigidas por personas idóneas. Eso es lo que dice la ley, además en contra de la negativa de la acreditación procede un recurso jerárquico ante el Presidente de la República, el que debe ser interpuesto durante el plazo de 30 días contados desde la negativa de la acreditación. Además de la función de acreditación de organismos, el Art. 5° de la ley encarga al SENAME llevar dos registros: primero, un registro de personas interesadas en la adopción de un menor de edad. En este registro debe distinguirse entre aquellas que tengan residencia en el país, y las que residen en el extranjero. El segundo registro es de personas que puedan ser adoptadas. Dice la ley que el servicio velará, permanentemente, por la actualización de estos registros. Sin embargo, se crea una excepción, en el sentido de que, sin perjuicio de que un menor no esté incorporado en los registros, puede ser adoptado, si es que se cumplen los otros requisitos que establece la ley.

Desde el punto de vista judicial, el Art. 4° de la ley le otorga al Servicio Nacional de Menores, y a los organismos acreditados en él, la facultad de hacerse parte en todos los procesos a que dé origen esta ley, en defensa de los derechos del menor comprendidos dentro de estas normas. Esta facultad, dice la ley, la puede ejercer hasta que la adopción surta efecto, vale decir, hasta la fecha de la inscripción de la sentencia en el Registro Civil, dando origen a la nueva partida de nacimiento del menor. Con posterioridad a aquello, puede intervenir en el juicio de nulidad de la adopción.

El procedimiento se caracteriza por regir el principio inquisitivo, que está claramente establecido en la ley, respecto de las facultades del juez. El juez tiene la facultad para decretar diligencias, para prescindir de ellas, para adoptar decisiones, incluso, prescindiendo del consentimiento que, como trámite esencial, se le exige al menor; la facultad, que es obligatoria para el tribunal, según la ley, de velar por la celeridad de estos procedimientos. La ley está construida, en lo procesal, sobre la base de plazos perentorios, breves, con el objeto de que se realice efectivamente la diligencia dispuesta por el tribunal. Para que estos trámites no dilaten indefinidamente el proceso, el juez puede, lisa y llanamente, prescindir de la práctica de las diligencias.

La otra característica es el secreto. De acuerdo al Art. 28 de la ley, todas las tramitaciones, tanto judiciales como administrativas, la guarda de documentos y otros, serán reservadas, salvo que los interesados en la solicitud de adopción hayan pedido lo contrario.

Normas de procedimiento aplicables

La adopción, dice el Art. 2° de la ley, se sujeta, en cuanto a su tramitación, a las normas establecidas en esta ley, y en lo no previsto por ella, rige la Ley N° 16.618, que cumple, a este respecto, una función supletoria.

Procedimientos que establece la ley

La ley establece los siguientes procedimientos:

a) Procedimientos previos a la adopción

Van a depender de la situación en que se encuentre el menor o, mejor dicho, de las 3 situaciones que pueden dar origen a esta filiación: la voluntad de los padres, menor descendiente de uno de los adoptantes y menor abandonado.

Competencia: El juez competente, para conocer de estas gestiones previas es el juez de menores que tenga competencia en materias proteccionales. La competencia relativa corresponde al juez de letras de menores, del domicilio del menor.

De acuerdo al Art. 19 de la ley, el juez está facultado, durante la tramitación, para confiar el cuidado personal del menor, en cualquier momento, a quienes hayan manifestado su voluntad de adoptarlo, y que cumplan los requisitos señalados por la ley.

El procedimiento, en general, es un procedimiento no contencioso, que se inicia de oficio por el juez, o a solicitud del Servicio Nacional de Menores, o a instancia de las personas naturales o jurídicas habilitadas para intervenir en estas materias según la nueva ley.

Las citaciones se notifican personalmente; si las personas citadas por el tribunal no comparecen, se les considera rebeldes por el solo ministerio de la ley, durante todo el procedimiento, y respecto de ellas las resoluciones surtirán efecto desde que se pronuncien. De manera que no es la rebeldía del trámite que nosotros conocemos como regla general de los procedimientos civiles; es la rebeldía del procedimiento y, por lo tanto, cuando comparece el rebelde, tiene que aceptar todo lo que se ha resuelto en el procedimiento, porque las resoluciones respecto de él rigen con el solo hecho de notificarse.

Los plazos de comparecencia son de sólo 10 días; vencidos estos plazos se produce la recepción de la causa a prueba, la que se rige por las normas de los incidentes. No obstante la existencia de un término probatorio, el tribunal tiene facultades inquisitivas, de manera que, aunque no reciba la causa a prueba, o recibéndola, el juez puede de oficio decretar la práctica de todas las diligencias necesarias para verificar la verdad de los hechos, y la conveniencia de la adopción para el menor. Concluido el término probatorio y las diligencias decretadas por el tribunal, el juez debe dictar sentencia en el plazo de 30 días. La sentencia, dice la ley, debe ser fundada y debe ser notificada por cédula a los consanguíneos de grado más próximo del menor, que hayan comparecido a los autos. Contra la sentencia que declare que el menor es susceptible de ser adoptado, o que deniegue esta determinación, sólo procede el recurso de apelación en el solo efecto devolutivo. La apelación en lo devolutivo procederá siempre, cualquiera que sea el contenido de la sentencia; sea que decida que el menor se encuentra en calidad de ser adoptado, sea que lo deniegue.

La sentencia en que no sea parte el SENAME, o un organismo acreditado, debe elevarse en consulta a la Corte de Apelaciones, y para esta consulta las causas gozan de preferencia para su vista y fallo. Ejecutoriada la resolución que declara que un menor es susceptible de ser adoptado, se notifica al Servicio Nacional de Menores para que en el registro que el Art. 5° le ordena llevar, se incluya al menor, si procede.

b) Procedimiento de adopción

Veamos el procedimiento de adopción propiamente tal:

b.1. Procedimiento de adopción por personas residentes en Chile.

El juez competente es el juez de letras de menores del domicilio de los adoptantes.

¿Cuál es la naturaleza jurídica del procedimiento? La adopción, dice la ley, se tramitará en un procedimiento no contencioso, en el que no será admisible oposición; todas las cuestiones que se susciten dentro de él se tramitarán en ramos separados.

¿Quiénes pueden iniciar este procedimiento o ser titulares de este procedimiento de adopción? La ley hace el distingo que hemos señalado: primero, personas residentes en Chile; adopción por matrimonio con residencia en el país. Ya sabemos que debe tratarse de cónyuges chilenos o extranjeros, con residencia en el país; que tengan 2 o más años de matrimonio; que deben haber sido evaluados física, mental y psicológicamente, y ser

declarados moralmente idóneos, por las instituciones acreditadas; que sean mayores de 25 años y menores de 60; y con 20 años o más de diferencia de edad con el menor adoptado. El juez puede, por resolución fundada, rebajar el mínimo de la edad señalada precedentemente, lo que no puede exceder más de 5 años.

En caso de que la adopción la inicie una persona soltera o viuda chilena, con residencia en el país, caso que procede cuando no existen cónyuges interesados en adoptar al menor, este procedimiento también se les aplica.

Recibida la solicitud, el juez verifica el cumplimiento de los requisitos legales y dicta una resolución acogiendo a tramitación. En la misma resolución que la acoge a tramitación, decreta, de oficio, las diligencias necesarias para comprobar las ventajas y beneficios que la adopción le otorga al menor, y todas aquellas que estime necesarias para formarse juicio u opinión sobre la idoneidad de los solicitantes. Estas diligencias deben realizarse en el plazo de 60 días; vencido el plazo, las diligencias no realizadas se entienden por no decretadas y el tribunal dicta sentencia sin más trámite. La sentencia se dicta en el plazo de 15 días.

Si la sentencia acoge la adopción, la ley reglamenta minuciosamente el contenido de ella y las órdenes que debe impartir.

- a) Debe ordenar que se oficie a la Dirección Nacional de Registro Civil e Identificación, con el objeto de recabar todos los antecedentes de filiación del adoptado.
- b) Ordena que el Registro Civil practique una nueva inscripción de nacimiento del adoptado, como hijo de los adoptantes.
- c) Debe ordenar que se cancele la antigua inscripción de nacimiento del adoptado, tomando, dice la ley, todas las medidas necesarias para mantener en reserva su anterior identidad.
- d) Por último, oficia al Servicio Nacional de Menores para eliminar al adoptado y a los adoptantes de los respectivos registros de candidatos a adopción y de futuros adoptantes, porque se concedió la adopción.

La sentencia se notifica por cédula, y en su contra sólo procede el recurso de apelación. En la Corte de Apelaciones se tramita este recurso, de acuerdo a las reglas de los incidentes, gozando de preferencia para su vista y fallo.

b.2. Procedimiento de adopción por personas no residentes en Chile

El juez competente es el juez de letras de menores, correspondiente al domicilio del menor, o de la persona o entidad que se encuentre a su

cuidado. El procedimiento se sujetará a lo anteriormente señalado y, además, dice la ley, se sujetará, cuando corresponda, a las convenciones y convenios internacionales que lo regulen y que hayan sido ratificados por Chile. La adopción por personas no residentes en el país sólo procede, como regla general, ante la falta de matrimonios residentes en Chile interesados en el menor, cuestión que el juez puede también alterar cuando, en su opinión, la adopción de las personas residentes en el extranjero ofrezca al menor un mayor beneficio.

Las personas no residentes en Chile que deseen adoptar a un menor deben cumplir los requisitos señalados en el Art. 20 incisos 1°, 3° y 4°, y el Art. 22 de la ley, los que, en general, establecen que deben acreditar su idoneidad moral, su capacidad económica, su situación personal; deben, además, obligarse a comparecer ante el juez cada vez que el tribunal lo requiera, a lo menos una vez durante la tramitación, y a lo menos una vez durante el curso del expediente. Como medida especial de cautela, la ley autoriza al tribunal para que el menor que pretenden adoptar esas personas no residentes en Chile, quede al cuidado de uno de los solicitantes, pero con la prohibición de salir del país mientras no se dicte la sentencia definitiva.

3. Aspectos penales de la ley

La Ley N° 19.620 establece, básicamente, tres tipos penales que son nuevos, en el sentido de que no son iguales a aquellos que se establecían en la legislación, por delitos que se podían cometer en este tipo de actuaciones.

En primer lugar, la revelación de antecedentes (Arts. 39 y 40) es un delito especial de los funcionarios públicos que revelen, o permitan que otra persona los revele, antecedentes, de los que tengan conocimiento en razón de su cargo, y que, de acuerdo a esta ley, sean reservados; serán sancionados con determinadas penas. Además, el que sin hallarse comprendido en la situación anterior, es decir, el que sin ser funcionario público revele estos mismos antecedentes, teniendo conocimiento de su carácter reservado, será castigado también con una pena.

El segundo delito es la entrega ilícita del menor. Este delito del tipo penal del Art. 41, se refiere a aquel que, con abuso de confianza, ardid, simulación, atribución de identidad o estado civil, u otra condición semejante, es decir, estamos dentro de los elementos subjetivos del tipo penal propiamente tales, obtuviere la entrega de un menor para sí, para un tercero, o para sacarlo del país, con fines de adopción, será sancionado con una determinada pena.

Por último, se refiere a un tipo penal que denomina recepción de

contraprestación por facilitar entrega de un menor en adopción. Aquel que aceptare recibir cualquier clase de contraprestación, por facilitar la entrega de un menor en adopción, será sancionado con determinada pena. El funcionario público, si lo comete, tiene una responsabilidad agravada. En general, la ley contempla un sistema de agravantes cuando estos delitos son cometidos por autoridades, empleados públicos, abogados, médicos, matronas, enfermeras, asistente social, o por el encargado a cualquier título del cuidado del menor, cuando ejecutan las conductas que ahí se sancionan abusando de su oficio. De manera que la responsabilidad de los profesionales está establecida, agravada, cuando se cometa con abuso del oficio, y son los profesionales que establece la ley, y que acabo de mencionar, quienes son, ordinariamente, las personas que tienen vinculación con la posibilidad de cometer alguno de estos delitos.

IV. CONSTITUCION DE LA ADOPCION

Vamos a ver cómo se constituye una adopción en la Ley N° 19.620. Les señale que el sistema establece, en primer lugar, procedimientos previos y luego la adopción propiamente tal.

1. Procedimientos previos

¿Quiénes pueden ser adoptados? Solamente se puede adoptar a los menores de 18 años que se encuentren en alguna de las categorías indicadas en el Art. 8°. En primer lugar, al menor cuyos padres no se encuentren capacitados, o en condiciones de hacerse cargo responsablemente de él y que expresen su voluntad de darlo en adopción ante el juez competente; es la otra cara de la medalla, porque hay un sistema en la ley que, en definitiva, busca que se produzca la adopción, se prescinde del consentimiento del menor adulto y, en este caso, la ley acepta como susceptible de adopción aquel menor cuyos padres manifiesten su voluntad de abandonarlo para los efectos de ser adoptado.

Quiero describir cuál es el sistema de la ley, para luego formular algunos comentarios, porque me parece que aquí hemos llegado a un punto grave de discordancia entre lo que es la filiación y lo que es esta norma. Creo que la filiación pasa a ser un bien disponible por parte de los padres; los padres, para estos efectos, acuden al juez de letras de menores de su competencia y manifiestan su voluntad de abandonar al hijo para que sea adoptado. Se pueden dar las siguientes situaciones:

a) Si comparece uno solo de los padres, el tribunal ordena que comparezca el otro, bajo el apercibimiento de que si no comparece en el plazo que

se le fija, se presume su voluntad de dar a su hijo en adopción, o sea, siempre buscando que la adopción se produzca. Esta citación al padre inconcurrente se reitera solamente una vez, en un plazo total que no puede exceder de 60 días, desde la declaración del padre que inició el procedimiento. Vencido este plazo, o habiéndose negado el padre citado a concurrir, es suficiente la sola declaración del compareciente para continuar el procedimiento. Lo mismo, dice la ley, si el otro está fallecido o está imposibilitado de manifestar su voluntad; basta la declaración del primero.

En este caso, si comparece uno de los padres; el otro puede ignorarlo, por eso se le cita; y si no comparece dentro de los 60 días, simplemente prima la voluntad de adopción. Si está imposibilitado a manifestar su voluntad, se entiende que basta la declaración del primero. Aquí no estamos en presencia de lo que se llama, técnicamente, un silencio circunstanciado, en que se puede presumir una voluntad por no decir nada dentro de un plazo prudente. Siempre exige el silencio, para ser una manifestación de voluntad, el conocimiento de los hechos sobre los cuales se calla; pero la persona puede ignorarlo; más aún, puede estar imposibilitada de manifestar su voluntad.

¿No hubiera sido más lógico que, acreditada la imposibilidad, el tribunal debiera arbitrar los medios para superarla, si se trata de una persona, por ejemplo, que no se puede dar a entender en forma oral, o no sabe escribir, o está internada, etc.? Simplemente se prescinde de su voluntad.

b) El tribunal, una vez que recibe esta solicitud, y transcurridos los 60 días, requiere informes, dice la ley, para acreditar que los padres no se encuentran capacitados o en condiciones de hacerse cargo responsablemente del menor. Pero la ley no dice a quién se le piden los informes, qué tipo de informes son: psicológicos, sociológicos, económicos; tampoco estos informes van a ser obligatorios para el tribunal, porque se puede prescindir de ellos. Estos informes deben evacuarse en el plazo de 30 días, y si no se evacúan, se prescinde de ellos. Se pide también informe al SENAME, en el plazo de 30 días; y el juez resuelve en el mismo plazo de 30 días desde que se realizó la última diligencia, pudiendo prescindir de todas ellas; sin embargo, está obligado a dictar sentencia.

Respecto de este artículo, se ha sostenido que es una norma que puede interpretarse como que evita o tiende a evitar el aborto, porque puede someterse a este procedimiento la mujer embarazada antes de que nazca el hijo. Si una madre no quiere tener al hijo, en lugar de abortar, puede iniciar un procedimiento de adopción. Es una interpretación muy respetable por cierto, que yo no comparto. Que el hijo pase a ser un bien disponi-

ble, porque esto es en definitiva; los padres disponen de la filiación; los padres renuncian a la filiación; esto es una especie de repudio de un hijo aceptada por la ley, que pone fin a la filiación de origen y que crea una nueva filiación. No parece acertado.

¿Por qué digo que esto no puede interpretarse como una forma de auxiliar a aquellas personas que lo hacen por inestabilidades transitorias en sus sentimientos, en fin, para evitar deshonor, para cubrir un problema de embarazo? Porque la ley habla, en forma reiterada, de que éste es un trámite que realiza uno o ambos padres. El nuevo Art. 33 del Código Civil dice que tienen el estado civil de hijos, respecto de una persona, aquellos cuya filiación se encuentra determinada de conformidad a las reglas previstas en el Título VII del Libro Primero de este Código. A su vez, en el nuevo texto del Código, los Arts. 184 y siguientes se refieren a la forma de determinar la filiación matrimonial y no matrimonial, de manera que para hablar de padre, hay que estar frente a una filiación determinada: matrimonial, Art. 184 del Código Civil, no matrimonial, Art. 186 del Código Civil. Eso es, jurídicamente, un padre o una madre. De consiguiente, si los padres son los que tienen que iniciar este procedimiento de abandono, quiere decir que el ofrecido en adopción respecto de ellos tiene la calidad de hijo matrimonial o no matrimonial. Por lo tanto, no estamos en presencia de situaciones que, por ejemplo, para evitar deshonoras, se pueda consentir en estos procedimientos para mejorar la situación del hijo.

Si hubo una manifestación contraria de voluntad de los padres, en cuanto a reconocer al hijo, eso se terminó por sentencia judicial, porque la filiación tiene que estar determinada, y la filiación no matrimonial se puede determinar en contra de la voluntad de los progenitores. De manera que ese proceso, de dar a conocer que se tiene un hijo al margen del matrimonio, ya tiene, necesariamente, que haber ocurrido antes, porque si no, no se tiene la calidad de padre y la norma resulta inaplicable.

Segunda situación: menor descendiente de uno de los adoptantes. El menor que sea descendiente consanguíneo de uno de los adoptantes: hijo del marido o de la mujer, nieto de uno, nieto del otro o nieto de ambos. En esta situación el menor puede ser dado en adopción.

La ley contempla la situación de que padre o madre que tengan la calidad de ascendientes del adoptado discrepen de la conveniencia de darlo, o no, en adopción; nuevamente, la solución legislativa dice relación con favorecer la adopción; si falta el otro padre o madre – agrega la ley– o éste se opusiera a la adopción, el juez resuelve si puede aplicar la letra c del art. 8°, es decir, va a la forma de adopción del número tercero, esto es, por resolución judicial.

De manera que en la disputa de los ascendientes o en la inconcurrencia de ellos, va a primar la voluntad del Estado, porque el juez en este caso actúa en ejercicio de la soberanía nacional, y esa voluntad es la que se impone.

El tercer caso o la tercera categoría de menores en estos procedimientos previos, es aquel en que por resolución judicial se declara esta calidad. Procede la resolución judicial que un menor de edad es susceptible de ser adoptado, sea que su filiación esté o no determinada, cuando el padre o la madre, o las personas a quienes se haya confiado su cuidado, se encuentren en una o más de las siguientes situaciones:

Yo llamo la atención sobre este Art. 12 y nuevamente lo relaciono con el Art. 1°, porque lo que va a calificar aquí el juez es la situación de los padres, o a quienes tengan a su cuidado al menor; no va a calificar la situación en la que se encuentra el menor.

¿Cuáles son estas situaciones del Art. 12? Si los padres se encuentran inhabilitados física o moralmente para ejercer el cuidado personal del menor. Aquí la ley de adopción se refiere al Art. 226 del Código Civil. Cuando los padres no le proporcionen atención personal, afectiva o económica durante el plazo de 6 meses; si el menor tuviere una edad inferior a los 2 años, el plazo será de 3 meses; y si fuere menor de 6 meses, el plazo es de 45 días. Creo que estos plazos no dicen relación con el problema que se quiere resolver. No digo ni sostengo que un menor, inferior a 2 años, puede estar desatendido personal, afectiva y económicamente por 3 meses; o que, si es menor de 6 meses, pueda estar desatendido por 45 días; ni tampoco que si tiene 17 años, lo esté por 6 meses. Lo que sí sostengo es que, para tomar una decisión tan drástica como poner fin a una filiación anterior y crear una nueva filiación, estos plazos me parecen exigüos, porque hay otras medidas de protección que están vigentes. Esta ley de adopción ha tratado de solucionar por esta vía los conflictos que se producen en las parejas, en los matrimonios, y eso es, en mi opinión, un enfoque incorrecto. Para eso existen las normas de protección de menores, la justicia de menores, las medidas de tuición, el someter a los menores al cuidado de establecimientos, todo eso existe en la legislación. ¿Parece razonable que para una persona que ha estado durante 6 meses en esta situación de indefensión, supongamos por un conflicto entre los padres, lo que es muy común, la adopción sea la solución? ¿O que, al menos, se creen los requisitos para hacerlo?

Creo que existen en nuestra legislación otras medidas, otras causales, otras situaciones, que perfectamente pudieron haberse usado en este caso, y que estos plazos deberían ser mayores para que realmente el órgano jurís-

diccional pudiera aquilatar, no el comportamiento de los padres, sino que la única solución para el régimen de vida en que se encuentra este menor es la adopción. Se sanciona una conducta de los padres haciéndoles perder la filiación al hijo.

La tercera situación que da origen a esta resolución judicial es que los padres lo entreguen a una institución pública o privada de protección de menores o a un tercero. Así, el hecho de recurrir a la ayuda de estos organismos es un antecedente cuando, dice la ley, se pueda acreditar el ánimo de liberarse de sus obligaciones legales respecto del menor. Y para acreditar el ánimo de liberarse del menor nuevamente se vuelven a establecer dos situaciones: cuando los padres lo expresan formalmente ante el tribunal y por la simple entrega de la institución a un tercero, según el Art. 12 N° 3.

De manera que aparece claro, creo yo, al menos, de estos procedimientos previos, en primer lugar, la prescindencia de la voluntad del menor, porque no sacamos nada con que se diga que se requiere su consentimiento, cuando, en definitiva, si ese consentimiento es negativo, el juez puede ordenar que se siga adelante. En segundo lugar, la situación especial que se ha creado en que los padres pueden, en la práctica, de común acuerdo, disponer de la filiación. En tercer lugar, cuando uno solo de ellos puede hacerlo, llegándose al extremo, como lo dice la ley, en que ante la inconcurrencia de uno de ellos, en un plazo breve, o bien ante su imposibilidad de presentarse, prima la voluntad de dar la adopción.

2. Constitución de la adopción

a) Por personas residentes en Chile

Los requisitos de los adoptantes son:

- Deben estar casados entre sí.
- Pueden ser chilenos o extranjeros, y sólo basta la residencia en el país. En subsidio, cuando no existan matrimonios con los requisitos exigidos, se acepta que la adopción la realicen solteros o viudos, siempre que sean chilenos. Uno debe concluir que lo que se quiso evitar con esta cortapisa es que el viudo o soltero adopte, y luego se vaya con facilidad a vivir fuera del país.
- Los cónyuges, al adoptar, deben actuar de consuno.
- Las personas casadas y separadas de hecho no pueden adoptar unipersonalmente; el viudo o viuda puede adoptar, si en vida de ambos cónyuges se inició el procedimiento; si el proceso se inicia cuando uno de los cónyuges ya ha fallecido, puede el sobreviviente adoptar, probando la intención del difunto de consentir la adopción, mediante instrumentos públicos, testamento, o con un conjunto de testimonios fidedignos.

- Los cónyuges deben estar casados, a lo menos, durante dos años; salvo que uno de ellos sea infértil, en cuyo caso pueden adoptar de inmediato.
- Deben haber sido evaluados física, psicológica, mental y moralmente, por el Servicio Nacional de Menores o las instituciones acreditadas.
- En cuanto a la edad, deben tener entre 25 y 60 años, aunque la ley admite que se rebaje el mínimo de 25 años.
- Los adoptantes deben tener 20 años más que el adoptado.
- Por último, si se trata de un soltero o viudo, de aquellos que pueden adoptar, es necesario que previamente participen en un programa especial de adopción de estas autoridades administrativas.

b) Por personas no residentes en Chile

Las personas no residentes en Chile utilizan en general el mismo procedimiento que el caso anterior. ¿Qué regla rige? No nos escapamos de la moda actual: se sujeta, cuando corresponda, a las convenciones y convenios internacionales ratificados por Chile. Uno puede entender que ésta es una forma de decir que va a regir la ley chilena, porque los convenios y tratados internacionales han sido ratificados por Chile, pero no se dice derechamente que se va a regir por la ley chilena. Yo sé que se puede decir que esto es derecho nacional; sí, es derecho nacional, estoy de acuerdo, pero no son normas jurídicas discutidas por los organismos públicos chilenos, ni consensuada por la ciudadanía chilena; en una materia tan sensible puede crear dificultades.

Este tipo de adopción, por personas no residentes en Chile, es un sistema subsidiario, que solamente procede cuando no existan matrimonios residentes en Chile que opten por adoptar al menor, circunstancia que debe certificar el SENAME. Sin embargo, el juez podrá, aunque existan personas chilenas o matrimonios chilenos interesados en la adopción, "si median razones de mayor conveniencia para el interés superior del menor, que expondrá fundadamente en la resolución, les puede dar preferencia a los extranjeros". El juez competente, en este caso, es del domicilio que el menor tenga en Chile.

3. Efectos de la adopción

La adopción confiere el estado civil de hijo de los adoptantes, como primer efecto. En segundo lugar, extingue los vínculos con la filiación de origen, salvo los impedimentos para contraer matrimonio establecidos en el Art. 5° de la Ley de Matrimonio Civil. Para estos efectos, la ley faculta a cualquiera de los parientes biológicos que son ascendientes, descendientes y colaterales por consanguinidad de segundo grado, para hacer presente el impedimento

Los efectos de la adopción se producen, entre el adoptante y el adoptado, desde la fecha en que se practique la nueva inscripción de nacimiento del adoptado que ordena la sentencia; no desde la fecha de la sentencia. Desde la fecha en que se practica la nueva inscripción de nacimiento, el adoptado pasa a ser simplemente hijo, igual que aquellos de filiación genética o de filiación legal y, por lo tanto, estará sujeto a la patria potestad, ejercerá y estará sujeto a las obligaciones personales con sus padres, tendrá los derechos sucesorios que le corresponden a cualquier hijo, será asignatario forzoso, legitimario, etc. La adopción es irrevocable: sólo puede ser dejada sin efecto por la acción de nulidad que crea la ley en el Art. 38, que señala una causal genérica, cuando se obtiene la adopción por medios ilícitos o fraudulentos; entonces, uno podría pensar en dolo, pero creo que es bastante amplia esta expresión medios ilícitos y fraudulentos. Comprendería, por ejemplo, aquello que se llama comúnmente fraude procesal, la infracción de las normas de esta propia ley, desde luego, porque sería un medio ilícito la infracción de la ley que reglamenta la forma de obtenerla. El titular de la acción legitimación activa es solamente el adoptado; ni siquiera se concede esta acción a los padres que pudieran haberse visto perjudicados por la adopción, ni tampoco pueden intervenir, porque la ley en esto es muy exigente, aquellos padres que se entienden favorecidos por la adopción. La acción prescribe en 4 años, contados desde la fecha en que el adoptado alcance su plena capacidad y haya conocido del vicio que le afectaba.

Veamos qué va a suceder el día 27 de octubre, con las personas que tengan, a esa fecha, la calidad de adoptados de las leyes N°s 7.613 y 18.703. El Art. 45 del texto legal dice: los que tengan la calidad de adoptantes y adoptados, conforme a la Ley N° 7.613, o a las reglas de la adopción simple, contemplada en la Ley N° 18.703, continuarán sujetos a los efectos de la adopción, previstos en las respectivas disposiciones, incluso en materias sucesorias. Esa es la norma, que significa que la derogación de las leyes N°s 7.613 y 18.703 es relativa, porque el principio que establece en el Art. 45 es la supervivencia de ellas, de manera que, indudablemente, en cualquiera sucesión que se abra antes del 27 de octubre los adoptados se regirán por las leyes que estamos analizando. Las sucesiones que se abran con posterioridad al 27 de octubre, se regirán por las nuevas leyes. Por lo tanto, si se tiene la calidad de hijo natural, o los derechos sucesorios del hijo natural, ahora, simplemente, pasará a tener la calidad de heredar como hijo. Así lo dice el Art. 1° transitorio de la Ley N° 19.585. Sin embargo, esta igualdad de derechos sucesorios entre los ex hijos naturales, respecto de los hijos legítimos, no se aplica a los hijos adoptados, según lo señala el Art. 45 de la ley. La Ley N° 19.620, expresamente, rechazó la posibilidad de ser retroactiva en esta materia y establece, como principio general, que el adoptado por las leyes a las que vengo haciendo referencia sigue rigién-

dose por las normas de las mismas. Sin embargo, los adoptados conforme a las leyes anteriores, con los adoptantes de ellos, pueden celebrar un pacto especial, creado y reglamentado por esta ley, con la finalidad de cambiar su status jurídico. Si no celebran el pacto, como ya lo hemos dicho, siguen rigiéndose por el estatuto anterior. La ley, entonces, les permite acceder a las situaciones o beneficios que esta nueva filiación les otorga. Este pacto se celebra entre quien tenga la calidad de adoptado, según la Ley N° 7.613 o 18.703, con quien tenga, según esa ley, la calidad de adoptante, cualquiera que sea la edad.

¿Cuál es el contenido del pacto? Acordar que se les apliquen los efectos de esta ley, con las modalidades que vamos a señalar. De manera que lo que la ley crea, en el fondo, es la posibilidad de que los actuales adoptados y adoptantes, en conocimiento de esta nueva normativa, reflexionen respecto de cómo ha funcionado su relación, cómo ha sido la vida entre ellos. Creo que si la respuesta es que sí ha sido satisfactoria, obviamente van a optar por el nuevo sistema, pero como es un pacto que nace de la voluntad, basta que cualquiera de ellos se niegue para que el pacto no se celebre.

El pacto es solemne, se debe otorgar por escritura pública. Además de la firma de los principales intervinientes, la ley exige que concurren con su voluntad, aprobando el pacto, todos aquellos que tengan la calidad actual de legitimarios de los adoptantes y que se verían perjudicados, en sus derechos sucesorios, por la incorporación de un nuevo hijo en la familia; debido que al celebrarse el pacto va a pasar a ser hijo y tener todos los derechos sucesorios, la ley obliga a que, en la celebración del pacto, concurren estas personas, que son los legitimarios que verían disminuida su porción hereditaria, para llevarla a efecto. Esto parece muy justo, muy equitativo, pero, en la práctica, de dudosos efectos, porque con la situación del cónyuge sobreviviente, un hijo más, un hijo menos, no va a quitar ni a poner mucho. Según las cuentas que uno puede sacar, el cónyuge puede llegar al 75% de la sucesión hereditaria. De manera que el propósito de la ley es loable, pero con el otro problema que se produjo en la reforma, la nueva situación del cónyuge sobreviviente, esto que se está reglamentando en forma muy acertada, en verdad puede no tener ninguna consecuencia práctica.

El pacto, además, debe ser aprobado por el tribunal, previa audiencia de parientes, con el objeto de valorar las ventajas para el adoptado. La escritura pública, más la resolución judicial, se subinscriben al margen de la inscripción de nacimiento del adoptado.

El pacto puede ser impugnado por nulidad, pero, a diferencia de la acción de nulidad de la adopción, en este caso también corresponde la legitima-

ción activa de la acción a todas las personas que tengan actual interés en ella, dentro de los cuatro años contados desde la inscripción en el Registro Civil. Es una acción de nulidad con causales específicas y se ha ampliado su titularidad.

En consecuencia, respecto de las sucesiones que se abran con posterioridad al 26 de octubre de 1999, para decir qué derechos sucesorios tiene un adoptado, vamos a subdistinguir dos situaciones:

a) Si otorgaron el pacto del Art. 45 de la ley, pasan a ser hijos con todos los derechos de tales

b) Si no subscribieran el pacto contemplado en el Art. 45 de la Ley N° 19.620, nuevamente hay que distinguir entre los adoptados de la Ley N° 7.613 de los de la otra ley:

- Adoptados según la Ley N° 7.613, que no subscriban el pacto: se rigen por la Ley N° 7.613, Art. 24, que dice, a la letra: "el adoptado será tenido, para este sólo efecto, como hijo natural." No dice más. Pienso que, en razón de este artículo, por regla general, el adoptado verá mejorar su situación cuando celebre este pacto, en lo que corresponde a los órdenes primero, tercero y cuarto, porque en ellos es donde puede ser tenido como hijo natural. Este hijo natural ha mejorado su situación sucesoria; sin embargo, hay un problema en el segundo orden de sucesión, porque aquí la ley se refiere expresamente al adoptado; ya no le da el carácter de hijo natural, habla del adoptado, y establece la ley una forma particular de dividir la herencia, en 6 partes, otorgándole una sexta parte al adoptado. De manera que, en el segundo orden de sucesión, no tendrá el carácter de legitimario para los efectos sucesorios, no podrá ser considerado como hijo y seguirá teniendo estos derechos hereditarios que le otorga el Art. 24 de la Ley N° 7.613.

Adoptados por adopción simple, de la Ley N° 18.703, que no firman el pacto: Se mantiene su calidad de adoptado simple y no tiene derechos sucesorios. ¿Pueden ser adoptados conforme a la nueva ley? Sí, siempre que tengan menos de 18 años de edad.

COMENTARIOS FINALES

Vamos a transitar a un nuevo sistema en el que se termina la adopción convencional, la adopción de la Ley N° 7.613, que era un sistema que, si bien es cierto era limitado en sus efectos, llegaba incluso a constituir, en determinadas situaciones familiares, una medida de buen orden de la fa-

milia, una manera armoniosa y consensuada de reglamentar las relaciones. El adoptado incluso podía tomar el apellido del adoptante. Existe una tendencia en nuestra legislación, lamentablemente, en mi opinión, que las cuestiones que son de buen orden de administración de las familias se transformen en cuestiones contenciosas, por ejemplo, los bienes familiares. Los bienes familiares, en Francia y en otras partes donde existen, son una medida de administración ordinaria que adoptan el marido y la mujer; en Chile, en cambio, exigen una declaración judicial. El proyecto del Ministerio de Justicia estaba basado en que de común acuerdo se declaraba la calidad familiar de los bienes; aquello que era una buena medida de orden familiar económico, hoy día es el primer paso del conflicto; el conflicto entre marido y mujer parte, ordinariamente, por la declaración de bien familiar, de la cual el otro cónyuge muchas veces no se entera, y viene a ser así, en lugar de lo que se pretendía, la primera etapa del conflicto entre los cónyuges.

La adopción convencional es tan antigua como la institución, ya lo dijimos: el alumnato, que provenía del derecho romano, y que era la Ley N° 7.613; y la adopción simple, una de las formas de adopción de la Ley N° 18.703; eran cuestiones que provenían casi de la mecánica propia de la vida de las familias. Hoy día todo pasa a teñirse de un tamiz jurisdiccional; todo pasa a estar entregado a la administración de justicia, y bien sabemos los abogados que estamos en el ejercicio cotidiano de la profesión, que concurrir a un tribunal, en un 99,9% de los casos, es sinónimo de conflicto; y que si el conflicto no existía antes, con motivo de la gestión jurisdiccional se crea. Si uno revisa los antecedentes históricos, si uno ve los casos que en la historia se establecen este tipo de adopción es necesario; si uno ve que, incluso, se hizo sin ley, porque en España –como bien lo relata un autor– una de las primeras manifestaciones y que motivó la incorporación de la Institución, fue que, sin haber ley, personas importantes decidieron adoptarse recíprocamente. De manera que es una institución no sólo romana: es una institución que está presente en el derecho griego; es una institución que fue reformulada por Justiniano y, siguiendo los casos que cita don Luis Claro Solar, son concordantes acerca de lo que se trata esta institución. Dice: “en uno u otro grado, la adopción ha sido conocida por casi todas las naciones: entre los de raza semita, aparece como un alumnato, por ejemplo, entre los egipcios, en que la historia refiere la adopción de Moisés por la hija del Faraón; entre los hebreos, la adopción de Ester por Mardoqueo, y la adopción de Efraín y Manosed por Jacob; y, entre los árabes, pues Mahoma, en el Corán, negaba al adoptado todo derecho a los bienes del adoptante y prohibía dar el nombre de éste al adoptado. La poligamia que existía entre los pueblos semitas hacía menos necesaria la opción; en Grecia tuvo tal importancia, que una misma palabra servía para designar al hijo adoptivo y al heredero testamentario: adopción de hijo

equivalía a adopción de sucesor, de manera que transformarla necesariamente en un trámite judicial sujeta a todos estos requisitos previos de calificación, de registros, de vistos buenos de organismos administrativos, de un registro en el cual hay altas y bajas, en fin de todo lo señalado, pienso yo, y ojalá que me equivoque, lejos de favorecer este sistema, puede en definitiva desnaturalizar lo que siempre ha sido la adopción. La adopción ha sido siempre, uniformemente, en todas las legislaciones y entre nosotros, el antiguo alumnato del derecho romano: la forma de dar ayuda, protección y asistencia a una persona abandonada, que carece de bienes, con la obligación de alimentarlo, de criarlo, de educarlo y establecerlo, creándose ciertos impedimentos, vínculos de afecto, calidad de alimentarios recíprocos y derechos sucesorios. Todo esto dentro de un clima de armonía, dentro de un clima en el que prima la voluntad de querer ser hijo de alguien, de quien no se es por naturaleza.

Hoy esto ha cambiado, con el agravante, a mi juicio, que la adopción puede incluso llevarse a cabo contra la voluntad de un menor adulto. Pensemos en una persona de 17 años de edad, en que ya no sólo está próximo a la mayoría de edad, sino que además la vida actual nos demuestra que su incorporación al sistema de valores sociales, al sistema de vida plena de la comunidad, es una realidad. Sin embargo, respecto de esa persona, su voluntad, su consentimiento, pueden anularse por efecto de una resolución judicial. Creo que existen problemas de constitucionalidad; es cierto que la ley aparece como un candado, en que sólo hay una acción de nulidad, pero este problema de la prescindencia del consentimiento de quien es necesario; el de la disponibilidad de la filiación por actos voluntarios de los padres, va más allá de esta ley. Estas no son cuestiones baladíes, no son cuestiones poco importantes, éstas son cuestiones significativas y que nadie puede decir que porque la ley dice que no son impugnables, no existirán formas de impugnación. Nadie puede desconocer que el Art. 19 de la Constitución contiene determinadas garantías constitucionales que uno podría perfectamente decir que están siendo violentadas; de manera que existirán procedimientos de impugnación, al margen de los establecidos en la ley, sin perjuicio, además, del recurso de protección en contra de resoluciones judiciales, por la supremacía de los derechos fundamentales de la persona frente, incluso, a la resolución de un poder público adoptada en el ejercicio de la jurisdicción y de la competencia, como son los tribunales. Prescindir de la voluntad de una persona para romper los vínculos de su familia de origen, para crear vínculos con otra familia que no desea, teniendo, según la ley, voluntad, faltándole solamente experiencia, en mi opinión, es susceptible de impugnación en virtud del Principio de Supremacía Constitucional.