



ORIGEN NATURALEZA JURIDICA Y EFECTOS DE LA ACCION DE NULIDAD DE LA ADOPCION EN LA LEY 19620

Memoria para optar al grado académico de Licenciado en Ciencias
Jurídicas

Luis Alberto Escobar Espinosa

Profesor Guía: Alejandro Alarcón

Santiago de Chile

Año 2016

Índice de Contenidos

	Pagina
INTRODUCCIÓN	
CAPITULO I	7
DE LA FILIACION	
1. Aspectos Generales.	7
2. Concepto.	7
3. Características.	7-8
4. Clasificación.	8-9
i. Matrimonio de Los Padres.	9-12
ii. Filiación no Matrimonial	12-13
I. Reconocimiento	13
II. Características	13-15
iii. Repudiación al Reconocimiento	15
I. Concepto	15
II. Características	15-16
III. Acción de Filiación	16
a) Concepto	16
b) Características	16-17

CAPITULO II **18**

DE LA ADOPCION

1. Aspectos Generales.	18
2. Concepto de Adopción.	18-19
3. Evaluación Histórica de la Adopción.	19
i. En Grecia	19-20
ii. En Roma	20-21
iii. En España	21-22
iv. En Francia	22
4. Las Grandes Guerras en el Siglo XX	23
5. La Adopción en el Derecho Chileno	23-24

CAPITULO III **24**

FILIACION ADOPTIVA SEGUN LA LEY 19620

1. Objetivo y Principios	24-27
2. Sujetos que Intervienen	27-28
i. Adoptantes	28
ii. Adoptados	28
iii. Terceros Institucionales	28-29
iv. Terceros no Institucionales	29

3.	Procedimientos Establecidos por la Ley 19.620	29
i.	Disposiciones Comunes	
I.	Disposición que dice Relación con la voluntad del Menor	29
ii.	Normas de Procedimiento Aplicable	29-30
I.	Procedimiento Previo de Adopción o Programa de Adopción	30-31
II.	Concepto	31-32
III.	Tribunal Competente	32
IV.	Cuidado personal del Menor	32
V.	Derecho a Asignación Familiar	32-33
VI.	Acumulación de Procesos de Adopción	33
VII.	Requisitos que debe Reunir el Adoptado	33
iii.	Procedimiento previo de Adopción tratándose de padres Incapaces y que expresen su voluntad de entregar al Menor en Adopción	33-35
iv.	Procedimiento previo de Adopción en el caso que el Menor sea Descendiente consanguíneo de los Adoptantes	35-36
v.	Procedimiento previo a la Adopción en el caso del Menor que se encuentra Abandonado	36-37
4.	Lo entreguen a una Institución Pública o privada de protección de menores o a un tercero, con anónimo manifiesto de liberarse de sus obligaciones legales	37-
i.	Procedimiento Aplicable en esta Causal	37
I.	Inicio del Procedimiento	37
II.	Citación a Ciertos Parientes	37-38
III.	Sanción de los Parientes del Menor que no Comparecen	38
IV.	Plazo para comparecer al Tribunal de dichos Parientes	38
V.	Recepción de la Causa a Prueba y Término Probatorio	38-39

VI.	Plazo para Dictar Sentencia y su notificación	39
VII.	Apelación, consulta y trámites posteriores a encontrarse ejecutoriada la Sentencia	39
5.	Procedimiento de la Constitución de la Adopción o Procedimiento de la Adopción Propiamente Tal	39
i.	Requisitos que dicen Relación con la Persona de los Adoptantes	39-42

CAPITULO IV **43**

HISTORIA FIDEDIGNA DEL ESTABLECIMIENTO DE LA ACCION DE NULIDAD EN LA ADOPCION

1.	En la Ley	
i.	En la Ley 7.613	43-44
ii.	En la Ley N° 16.346	44
iii.	En la Ley 18.703	45
iv.	En la ley 19.620	45-49
2.	Legislación Comparada	50-53
i.	El Código Civil del Perú	53
ii.	El Código Civil Español	53
iii.	El Código Civil Venezolano	54-55
3.	Naturaleza Jurídica de la Acción de Nulidad de la Adopción	55
4.	Fraude Procesal	55
i.	Concepto	55
ii.	Elementos del Fraude procesal.	55

I.	El empleo de la vía judicial como medio lícito	56
II.	Que se persigan fines ilícitos	56
III.	El Perjuicio	57
iii.	Sujetos del Fraude Procesal	57
I.	Sujetos Pasivos	57-59
5.	La Acción de Nulidad de La Adopción como medio de Impugnación del Fraude Procesal	59-60
6.	Otros aspectos de la Acción de Nulidad de la Adopción	60-61
7.	Efectos de la Declaración de Nulidad de el Procedimiento de Adopción	61

CAPITULO V **62-65**

OTRA FORMA DE CÓMO LLEGAR A SER PARTE DEL LISTADO DE NIÑOS NIÑAS
O ADOLECENTES SUCEPTIBLES DE SER ADOPTADOS

CONCLUSIONES **65-70**

CAPITULO I: DE LA FILIACION

A.- Aspectos generales

Es preciso contemplar al momento de desarrollarla este acápite que el termino filiación, proviene de filius termino que emana del latín y que corresponde al hijo por lo que concernirá a la relación existente entre padres e hijos, por lo que en estricto rigor se trata de una persona sea hijo de otra la cual es padre o madre, ahora bien después de esta primera aproximación a la clasificación es menester concluir que siempre correspondería a un hecho natural, lo cual jurídicamente no siempre corresponde y no necesariamente existirá coincidencia.

Como estudiaremos en capitulo respectivo la filiación adoptiva no es biológica la relación existente entre los padres y el hijo y la misma conclusión se puede colegir cuando el ser humano interviene artificialmente en la procreación.

B.- Concepto “Es el vinculo jurídico que une a un hijo con su padre o con su madre y que consiste en la relación de parentesco establecida por la ley entre un ascendiente y su inmediato descendiente de primer grado”.

“Es la relación de descendencia que existe entre dos personas una de las cuales es padre o madre de la otra “

C.- Características.-

- 1) tiene como fundamento el hecho fisiológico de la procreación, con la excepción de la filiación adoptiva que tiene como único fundamento una creación legislativa.-
- 2) constituye un estado civil, actualmente otorgara siempre el estado civil de hijo,

con todo los derechos y deberes recíprocos establecidos en la presente Ley.-

- 3) es fuente de fenómenos jurídicos de una gran relevancia como son: la nacionalidad, la sucesión por causa de muerte, el derecho de alimentos, el parentesco entre los mismos hijos, y a la vez extingue los vínculos de filiación de origen para todos los efectos civiles.
- 4) La adopción producirá sus efectos legales desde la fecha de la inscripción de nacimiento ordenada por la sentencia que la constituye.-

D.- Clasificación.-

Al tratar el tema, es necesario señalar debido a que todas las filiaciones producen el mismo efecto, esto es, por que las legislaciones de otros países al igual que nuestra legislación no puede estar ajena a los derechos de los niños de acuerdo a tratados internacionales sobre esta materia:

1. hijos cuya filiación está determinada, e hijos cuya filiación no esta determinada
2. hijos de filiación natural, adoptiva y de filiación asistida.-
3. hijos de filiación matrimonial e hijos de filiación no matrimonial.-

Analizaremos brevemente cada una de estas clasificaciones a fin de tener un plano general de los diferencias de cada una de ellas.-

1. hijos cuya filiación esta determinada y no determinada. Esta clasificación responde solo a un criterio social, debido a que existen seres que no saben quién es su padre y otras veces también no saben quién es su madre pero esta situación es en un menor porcentaje que la del padre ya que la filiación materna es más certera, o si lo saben jurídicamente ellos no están determinados. A raíz de lo anterior hay tres posibles hipótesis que ese dan en la realidad hasta hoy en nuestros días, la primera es que la filiación de los hijos este determinada respecto del padre y de la madre, segunda hipótesis, es que respecto de los hijos se encuentre determinada solo por uno de los

padres ya sea por la madre o el padre y la tercera hipótesis es que estos hijos no tengan filiación determinada respecto de ambos padres.

2. Hijos de filiación natural, adoptiva y de filiación asistida. La filiación natural responde a aquella que proviene de la naturaleza, o biológicamente son respecto de su padre o madre. Por lo ya enunciado en la filiación adoptiva, la naturaleza no interviene es una situación jurídica y está de por medio la voluntad de los adoptantes y la resolución judicial que otorga dicha calidad y por último la filiación asistida es un tema que con los avances de la ciencia se a podido desarrollar y que permite a padres infértiles o a uno de ellos lograr la paternidad respecto del hijo procreado atravez de la fertilización asistida.-
3. la tercera clasificación a la cual nos corresponde hacer mención es la hijos de filiación matrimonial e hijos de filiación no matrimonial, será del primer tipo la de los hijos que hayan nacido dentro del matrimonio y si estos han nacido por una unión de hecho y posterior mente se celebra el vinculo matrimonial y ambos padres los reconocen voluntariamente y los hijo de filiación no matrimonial son aquellos hijos que han nacido de padres que no se encuentran unidos por un vinculo matrimonial.-

De la Filiación Natural

1. Filiación Matrimonial:

Los elementos de la filiación matrimonial son los siguientes:

A.- Matrimonio de los padres.-

B.- Maternidad del cónyuge.-

C.- Paternidad del cónyuge.-

1° Matrimonio de los padres:

Lógicamente el matrimonio de los padres válidamente cumpliendo con todo los requisitos de forma y fondo que exige la ley N° 19.947 de matrimonio civil, además el matrimonio celebrado es fuente de filiación natural, tratándose del matrimonio putativo, esto es el contraído ante Oficial de Registro Civil, de buena fe y con justa causa de error por

alguno de los cónyuges en razón de la protección que el legislador otorga al principio de la apariencia, tampoco afecta la filiación matrimonial de los hijos, según lo dispuesto por la parte final del inciso segundo del artículo 112 del Código civil. Sin embargo para que ello ocurra es necesario que los hijos hayan sido concebidos o nacidos durante la época en que el matrimonio guardaba aun su carácter de putativo.

En el caso del matrimonio simplemente nulo, que señala la primera parte del inciso segundo del artículo 112 del mismo cuerpo legal, esto es aquel matrimonio que ha sido declarado nulo por no haber sido celebrado ante un número menor de testigos a los exigidos por la ley, o ante testigos que se encontraban afectados por alguna causal de inhabilidad que señala el artículo 14 de la Ley de Matrimonio Civil, o ante un Oficial del Registro Civil incompetente, y en este último caso, no existiendo buena fe, ni justo error por parte de alguno de los cónyuges, tampoco se encuentra afectada la filiación de los hijos concebidos o nacidos en este matrimonio simplemente nulo, según lo dispuesto en el propio inciso segundo de ya antes mencionada norma. La solución dada por el legislador a este respecto viene a constituir una importante excepción al efecto propio de la nulidad previsto en el artículo 1687 inciso primero, el que señala que “La nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada, da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo...”. Esta excepción a la regla general se entiende por la naturaleza patrimonial de la materia tratada en el Libro IV del Código Civil, en cuyo título XX trata “de la Nulidad y Rescisión” y además la solución dada es perfectamente armónica con el interés del legislador de otorgar la máxima protección al principio de la apariencia en materia de familia, además con ello se resguarda convenientemente el interés del menor al evitarle quedar con una filiación no matrimonial o incluso desconocida.

Según lo dispuesto en el artículo 180, inciso primero del Código Civil “La filiación es matrimonial cuando existe matrimonio entre los padres al tiempo de la concepción o del nacimiento del hijo”. En este caso, en consecuencia, lo mas importante para la determinación matrimonial del hijo es al menos su nacimiento dentro del matrimonio de sus padres, aun que

ello ocurra al día siguiente. Esto guarda una importante diferencia con el anterior artículo 179 del Código Civil, el cual señalaba que tenida la calidad de hijo legítimo solo aquel concebido durante el matrimonio de los padres.

El artículo 180 del Código Civil, señala también es matrimonial la filiación del hijo cuyos padres contraen matrimonio con posterioridad a su nacimiento, siempre que se presenten los siguientes presupuestos:

1° Que la maternidad y la paternidad estén legalmente establecidas de acuerdo con los medios que el Código establece.-

2° Que la paternidad o maternidad se determine por reconocimiento de ambos padres en el acto del matrimonio o durante la vigencia de este.-

2.-Maternidad de la Cónyuge:

La maternidad es un hecho que consiste en que la mujer haya dado a luz a un hijo y que la criatura que pasa por suya sea realmente producto de ese parto. Así la maternidad está constituida por dos hechos:

1° El Parto

2° La Identidad del Hijo

La maternidad puede impugnarse alegando falso parto o suplantación de hijo.

El artículo 183 del Código Civil, señala que “La maternidad queda determinada legalmente por el parto, cuando el nacimiento y las identidades del hijo y de la mujer que lo ha dado a luz constan en las partidas del Registro Civil, en los demás casos la maternidad se determina por reconocimiento o sentencia firme en juicio de filiación...”

Al acreditarse la maternidad de esta manera, se crea la presunción simplemente legal, puesto que admite prueba en contrario (artículos 195, 204, 205, 211, 217 y 218 del Código Civil).

3.- Paternidad del Cónyuge

Dado que la paternidad no puede probarse por pruebas directas, la ley presume la paternidad de esta forma” se presume hijos del marido los nacidos después de la celebración

del matrimonio y dentro de los trescientos días siguientes a su disolución o al divorcio de los cónyuges” (artículo 184 inciso primero del Código Civil).

La ley hace descansar la presunción de *pater i test quod nupciam demonstrant* (el padre es aquel que el matrimonio demuestra). Solamente en el nacimiento posterior al matrimonio, aun que sea al día siguiente y dentro de los trescientos días posteriores a su disolución o al divorcio de los cónyuges.

Como señala la profesora Martinic “esta presunción descansa en dos supuestos:

1° Las relaciones sexuales entre el marido y la mujer

2° La fidelidad que la mujer guarda al marido.”¹

La presunción que se está tratando no se aplicara “respecto del que nace antes de expirar los ciento ochenta días subsiguientes al matrimonio, si el marido no tuvo conocimiento de la preñez al momento de casarse y desconoce judicialmente su paternidad. La acción se ejerce en el plazo y forma que se expresa en los artículos 212 y siguientes. Con todo, el marido no podrá si por actos positivos ha reconocido al hijo después del nacimiento”, según lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 184 del Código Civil.

La norma señalada en el inciso tercero señala que Regirá en cambio, la presunción de paternidad respecto del nacido trescientos días después de decretado el divorcio, por el hecho de consignarse como padre el nombre del marido, a petición de ambos cónyuges, en la inscripción del hijo”. En este punto es importante el análisis que hace la profesora Martinic, al señalar que “Respecto del hijo nacido trescientos días después de decretado el divorcio no es posible aplicar la presunción de paternidad por que cae uno de los supuestos de ella, cual es el

De las relaciones sexuales entre el marido y su cónyuge, y si se consigna el nombre del marido como padre a petición de ambos cónyuges en la inscripción de nacimiento del hijo estamos frente a un reconocimiento voluntario tácito de paternidad”⁵

2.- Filiación No matrimonial:

“Es aquella que se produce cuando al tiempo de la concepción y del nacimiento del hijo sus padres no están unidos en matrimonio”.

Según el artículo 186 del Código Civil, la filiación no matrimonial puede determinarse de las siguientes maneras:

1° Por reconocimiento del padre, de la madre o de ambos.

2° por sentencia firme en sentencia de filiación.

1° Reconocimiento:

“Es un acto jurídico de la familia por el cual una persona determinada declara que otra persona también determinada es su hijo”.

Es necesario precisar que el reconocimiento también tiene aplicación en la filiación matrimonial, en el caso del hijo nacido antes del matrimonio de sus padres y que adquiere tal filiación por el matrimonio posterior de sus padres y cuando la paternidad y la maternidad se encuentran determinadas de acuerdo con los artículos 183 y 184 del Código Civil.

A.- Características

a. Es un acto jurídico unilateral, puesto que para nacer a la vida del derecho requiere de la manifestación de la voluntad de una sola persona y si es ejecutado por ambos padres continúa siendo un acto jurídico unilateral aun que complejo.

b. Es un acto declarativo, dado que reconoce una situación preexistente y que es el nexo biológico entre el padre o madre y el respectivo hijo.

c. es un acto jurídico puro y simple e irrevocable. Así, el inciso 2° del artículo 189 del Código Civil dispone que “El reconocimiento es irrevocable, aun que se contenga en un testamento revocado por otro acto testamentario posterior, y no susceptible de modalidad”.

D Produce efectos retroactivos. Según lo prescrito por el inciso primero del artículo 181 del Código Civil “La filiación produce efectos civiles desde que queda legalmente determinado, pero estos se retrotraen a la época de la concepción del hijo”, sin embargo esta retroactividad reconoce ciertas excepciones:

1° Subsisten los derechos y obligaciones contraídas con anterioridad a la determinación de la filiación.

2° En las sucesiones abiertas con anterioridad a la determinación de la filiación, el hijo concurrirá cuando sea llamado en su calidad de tal.

3° El reconocimiento no perjudicará los reconocimientos de terceros de buena fe, que hayan sido adquiridos con anterioridad a la sub inscripción de este al margen de la inscripción de nacimiento del hijo. (Inciso tercero del artículo 189 del Código Civil).

e. Es un acto determinado y específico. Así, el artículo 187 del Código Civil señala que “El reconocimiento del hijo tendrá lugar mediante una declaración formulada con ese determinado objeto por parte del padre, madre o ambos, según los casos:

1.- Ante el Oficial del Registro Civil, al momento de inscribirse el nacimiento o en el acto del matrimonio de los padres;

2.- En acta extendida en cualquier tiempo, ante algún Oficial del Registro Civil.-

3.- En Escritura Pública, o

4.- En acto Testamentario.-

Si es uno solo de los padres el que reconoce, no será obligado a expresar la persona en quien o de quien tuvo al hijo. El reconocimiento que no conste en la inscripción de nacimiento del hijo, será subinscrito a su margen.-

f.- Es posible realizarlo a través de mandatario constituido por escritura pública facultado con ese objeto (artículo 180 del Código Civil).

g.- Tiene reglas especiales en materia de capacidad. Obviamente puede reconocer libremente el que tenga capacidad de ejercicio. Sin embargo de acuerdo al artículo 262 del Código Civil, también puede hacerlo libremente el menor adulto.

Podrá hacerlo de la misma manera el prodigo interdicto, puesto que no se encuentra señalado entre las personas inhábiles para testar y precisamente el reconocimiento es posible prestarlo por acto testamentario; justamente es por inhábiles para testar, no podrán otorgar reconocimiento el demente, el impúber y el sordo mudo que no puede darse a entender por

escrito.

El reconocimiento tratado hasta ahora es el que la doctrina ha denominado reconocimiento voluntario expreso, para distinguirlo del reconocimiento voluntario presunto(que trata el artículo 188 inciso primero del Código Civil) y del reconocimiento provocado o confesión de paternidad o maternidad (que trata el mismo artículo en sus incisos 2º, 3º y 4º).

B.- Repudiación al Reconocimiento

No obstante como nadie puede adquirir derechos contra su voluntad “ o aceptar una filiación que no se tiene” y como según el artículo 12 del Código Civil pueden renunciarse todos los derechos que miren el interés individual del renunciante, el legislador estableció la posibilidad que el hijo reconocido repudie tal reconocimiento.

1.- **Concepto:** “Acto jurídico por el cual el hijo reconocido rechaza el reconocimiento de su padre o de su madre o de ambos”.

2.- Características:

a) Es un acto jurídico unilateral

b) Es un acto Solemne, debe otorgarse por escritura pública en el plazo de un año desde que no reconoció, si es mayor de edad; si fuere menor de edad el plazo de un año se contará desde que llegado a la mayoría de edad del reconocimiento.

c) La repudiación priva retroactivamente al reconocimiento de todos los efectos que beneficien exclusivamente al hijo o sus descendientes, pero no alterará los derechos adquiridos por los padres o terceros, ni afectará los contratos válidamente ejecutados o celebrados con anterioridad a la subinscripciones.

d) Es un acto de entera libertad. Así el artículo 192 del Código Civil dispone que “no podrá repudiar el hijo que, durante su mayor de edad, hubiere aceptado el reconocimiento en forma expresa o tácita.

La aceptación es expresa cuando se toma el título de hijo en instrumento público o

privado, o en un acto de tramitación judicial.

La aceptación es tácita, cuando se realiza un acto que supone necesariamente la calidad de hijo y que no se hubiere podido ejecutar sino en ese carácter.

C.- Acciones de Filiación:

Recordemos que la segunda manera de determinar la filiación no matrimonial es la Sentencia Firme en juicio de Filiación. De ahí la necesidad de estudiar someramente las acciones de filiación.

C 1.- Concepto: son aquellas “que tiene por objeto obtener el estado de hijos y correlativamente el de padres o madre, determinando la filiación correspondiente (acción de reclamación), o la de desvirtuar un estado de hijos y su correlativo de padre o de madre desplazando a las personas que detentaban una filiación que no era suya (acción de impugnación de filiación)”.

La acción de filiación puede clasificarse en:

- Acción de nulidad de reconocimiento por vicio de la voluntad. Artículo 202 del Código Civil.
- Acción de negación de paternidad. Artículos 184 y 212 del Código Civil.
- Acción de reclamación de filiación matrimonial y de filiación no matrimonial. Artículos 204, 205 y siguientes del Código Civil.
- Acción de impugnación de la filiación por impugnación de la paternidad o de la maternidad. Artículos 211 y siguientes del Código Civil

C 2.- Características:

a) Son imprescriptibles e irrenunciables, sin embargo sus efectos patrimoniales son prescriptibles y renunciables, conforme a lo dispuesto por el artículo 195, inciso 2° en relación con los artículos 315 y 320 del Código Civil.

La acción de negación de paternidad que establece el artículo 184 inciso 1° del Código Civil y la acción de impugnación de paternidad caducan según los plazos establecidos en los artículos 211 del Código Civil.

La acción de nulidad del reconocimiento por vicios de la voluntad, prescribe en el plazo de un año, del mismo cuerpo legal.

b) Son acciones Personalísimas:

c) Son de Orden Público: Artículos 204, 205 en relación con los artículos 1464 y 1682 del Código civil.

d) Son Intransigibles. Por cuanto se refiere al estado civil de las personas y según el artículo 2450 del Código Civil, no se puede transigir el estado civil de las personas.

e) Deben intentarse en vida de ambos padres. Si bien el Código Civil no establece expresamente esta característica, de la relación de sus artículos 204, 205, 206 y 207 “ debe concluirse que la acción debe intentarse en vida de los padres, por cuanto no puede dirigirse contra los herederos en casos excepcionales”.

C.3.- Consideraciones Procesales de las Acciones de Filiación:

C.3.A.- Procedimiento Aplicable: dado que la ley no lo establece como procedimiento especial, no cabe más que aplicar el procedimiento de carácter general ósea el procedimiento Ordinario Civil (artículo 3° del Código de Procedimiento Civil).

C.3.B.- Tribunal Competente: Este será del domicilio del demandado en la adjudicación del tribunal especializado de familia.-

C.3.C.- Sanción a la Mala Fe: La persona que ejerza una acción de filiación de mala fe o con el propósito de lesionar la honra de la persona demandada es obligada a indemnizar los perjuicios que cause al efecto (inciso 2° del artículo 197 del Código Civil).

C.3.D.- Rige el principio de la Libre Investigación de la Paternidad y Maternidad: En virtud de este principio se admite toda clase de pruebas para la investigación de estos hechos, incluso los de carácter biológicos como la toma de muestra de ADN con una certeza del 99.9999 de porcentaje de confirmación de paternidad (artículos 198 y 199 del Código Civil)

CAPITULO II: DE LA ADOPCION.

A.- Aspectos Generales:

El Código Civil en su actual artículo 179, distingue la filiación por naturaleza de la adopción, y señala que todo lo atinente a esta materia, se resolverá por una ley especial, Ley N° 19620 publicada con fecha 5 de Agosto de 1999, y modificada por la Ley N° 19658 publicada el 20 de Diciembre de 1999. Cabe hacer mención al Reglamento de la Ley N° 19620, el cual establece normas sobre la adopción de menores, dictado por medio de Decreto Supremo N° 944 de 18 de Noviembre de 1999, del Ministerio de Justicia.

B.- Concepto de Adopción: En este punto es necesario precisar que en términos de una primera aproximación y como hemos estudiado existe la filiación por naturaleza, la cual no es creada por la Ley sino que es tiene una fuente Biológica, aun que sea asistida. De esta forma el concepto de adopción no debería ser formulado en términos negativos, es decir, aquella que no deriva de la naturaleza, esto es, no es biológica; sino que está determinada por la Ley, en donde interviene la voluntad de las partes y la autoridad judicial, que finalmente la constituye. La adopción es creada socialmente, y finalmente se crea con esta filiación adoptiva las mismas relaciones de cariño, familia y consecuencias jurídicas que en la familia biológica o natural.

Desde un punto de vista positivo la adopción, como institución, se encontraba definida por la Ley N° 7613 del año 1943, la cual en su artículo 1° señalaba “La adopción es un acto jurídico destinado a crear entre el adoptante (quien realiza la adopción) y el adoptado (quien es sujeto de la adopción) los derechos y obligaciones que establece la presente Ley”.

Por ultimo si bien el Proyecto de Ley de Adopción presentado por el Ejecutivo al Legislativo con fecha 8 de Enero de 1993, en su artículo 1° inciso primero definía la adopción como “un proceso social y legal por el cual se establece la relación de padres e hijos entre

personas que no están necesariamente vinculados por lazos de parentesco”. Dicho artículo durante el trámite legislativo posterior, fue sustituido para señalar solo los objetivos que tiene por objeto la adopción, considerándose que de esta manera se daría una más eficaz protección positiva al principio del interés superior del adoptado, el cual sirve de pilar matriz a la actual Ley N° 19620.

C.-Evaluación Histórica de la Adopción:

Creemos importante al comenzar a estudiar la actual legislación vigente en nuestro país, adentrarnos en un necesario análisis de la evolución que esta institución ha tenido en la historia, por medio del cual nos permitirá comprenderla a cabalidad, percibiendo los distintos avances y su desarrollo.

Sin perjuicio de lo antes señalado, cabe indicar que distintos y destacados profesores han manifestado su opinión que en las variadas legislaciones que contemplan la adopción, no se percibe con claridad una similitud con la legislación justiniana, ni los proyectos revolucionarios, sino pura y simplemente el deseo reiterado de proteger a la infancia desamparada.

Que duda que esta institución que merece nuestro estudio históricamente encontró sus fundamentos más remotos en motivaciones de carácter religioso, económico y político, muy diferente a las que se haya tenido en cuenta por los legisladores a fines del siglo recién pasado. Por lo recién expuesto, precisaremos que la evolución histórica la estudiaremos de civilizaciones que han dejado huellas indelebles en nuestra en nuestra cultura jurídica actual.

C.1.- En Grecia:

Esta cultura está muy bien estructurada desde un punto de vista político y jurídico, con ciudades independientes, Atenas nos merece una especial atención, debido a la vista en la polis y en definitiva en lo público, por lo cual el concepto de familia para esta cultura necesariamente revestía una gran importancia. Es así como en su obra el autor Dalloz, índico que en esta ciudad griega, existía una institución de la adopción, la cual obtuvo un gran desarrollo jurídico.

Es así como este destacado autor expone en su trabajo que se encontraba en condiciones de adoptar todo aquel ciudadano dueño de bienes y que no poseyera hijos; y es así como el hijo adoptivo no podía regresar a su familia de origen en tanto no dejara un hijo en la familia adoptiva. Esto debido a circunstancias de mucha importancia, debido a que se fundaba en motivaciones de orden religioso, esto es el culto al hogar.

La adopción constituía un patrimonio exclusivo y excluyente de los ciudadanos incluso el adoptado debía ser ciudadano; además la adopción era revocable, y esencialmente formal.

C.2.- En Roma:

En esta cultura, la institución que requiere nuestra atención alcanzo gran desarrollo, toda vez que tenía un carácter eminentemente exclusivo limitado a que se reducía al parentesco civil en tanto surgiera de los vínculos de sangre. Lo anteriormente señalado tenía importancia debido a que no todo los parientes por línea materna y paterna participaban de la calidad de agnados quedando, por consiguiente, fuera de trascendentes derechos de familia, conjuntamente con el factor antes indicado cabe indicar el alto grado de religiosidad de este pueblo, dando al hogar una gran importancia, y tan así esto que cada familia debía rendir un homenaje especial a su fundador, ocupando gran relevancia familiar el paterfamilias, que tenía la importancia de celebrar estos ritos, por lo que la extinción familiar traía como consecuencia el fin del culto, por lo que a través de la adopción se evitaba el fin de la familia.

Se vislumbra además que por medio de esta noble institución se provocaba la transmisión del poder político, y es así como estamos llenos de diversos ejemplos que nos permiten corroborar lo antes expuesto, y podemos citar la adopción de Octavio por Cesar.

Además de lo antes indicado vemos que la adopción fue utilizada como método para cambiar de estrato social, es decir, variar su condición de patricio a plebeyo, i viceversa toda vez para ocupar determinados cargos era imprescindible formar de un determinado estrato social.

Teniendo presente lo anterior debe considerarse que la adopción, fue ocupada con fines netamente económicos, debido a que era el medio más seguro y eficaz para evitar la

dispersión familiar al constituir herederos al adoptado.

Al adentrarse más en este estudio debemos indicar que se conocieron dos especies de adopción, a saber: La Arrogatio o adrogación, por medio de la cual el adoptado poseía la calidad de sujeto no sometido a potestad y la datio in adoptionem adopción propiamente tal, en la que el sujeto era sometido a la potestad de otra persona.

El análisis solo abordara este ultimo tipo de adopción, la cual consiste en formalidades que tenia como idea principal, introducir al adoptado en la familia del adoptante, para lo cual era necesario que el padre real del adoptado perdiera la patria potestad que ejercía sobre este.

Para constituir este tipo de adopción propiamente tal, los romanos utilizaron tres distintos procedimientos, a saber la mancipatio; el contrato y el testamento.

La evolución de la adopción propiamente tal, en tiempos de Justiniano presento una sub clasificación basada en el parentesco existente entre el adoptante y el adoptado, de esta manera se concluía que existía una adoptio plena y minus plena, la primera de estas se producía cuando el adoptante era ascendiente por consanguinidad del adoptado. En cambio la segunda de estos subtipos de adopción propiamente tal, la patria potestad del adoptado continuaría en poder de su padre natural, sin adquirir su padre adoptivo.

El primer fundamento que regía en los tiempos de Justiniano, consistía en que la adopción imita la naturaleza. La adopción tiene lugar en aquellas personas a quienes la naturaleza ha dado la capacidad de tener hijos.

C.3.- En España

El primer cuerpo legal que consigna la adopción, es el Fuero Real, siendo además reglamentada en las siete partidas, todo esto lo recibió por influjo de la Cultura Romana, particularmente su fuente fue el derecho romano Justiniano.

Las Siete Partidas definía la adopción como “una manera que establecieron las ley leyes, por lo cual pueden los omes ser filios de otros, manguer no lo sean naturalmente”.

Según el mencionado estatuto jurídico, hijos adoptados o porfijados eran aquellos a quienes reciben los omes por fijos, maguer no nascen de casamineto nin de otra guisa.

El referido cuerpo legal que hemos mencionado, distinguió dos especies de adopción, el primer tipo consistía en que el adoptado era un hijo aun sometido a la patria potestad de su padre natural, sin perjuicio de otra de diferencias que por escapar al análisis de este trabajo se omitirán.

C.4.- En Francia:

Nuevamente percibimos la influencia del derecho romano, al encontrar una institución que se asemeja bastante a la adopción, y que se efectuaba por medio de la Curia y el realizado en virtud del título. Mientras existió el régimen feudal, se prohibió al adoptado la sucesión de los fundos feudales; por esta razón, los sistemas de “adopción” reseñados fueron excepcional empleo. Por lo antes señalado se puede concluir que en una primera etapa, la adopción no existió, pues las especies de adopción señaladas fueron de escasa utilización.

En épocas posteriores de Francia y debido a la admiración mostrada por alguno de los jurisconsultos franceses ante la cultura y en particular ante el derecho Romano, propiciaron la inclusión de la adopción en el plano general de leyes civiles. Todo esto provoco un gran impulso al desarrollo de esta institución, el que posteriormente decayó.

Es importante que en el Código Napoleónico, se señalaron tres formas distintas del instituto jurídico que convoca nuestro estudio y a saber: la ordinaria, remuneratoria y testamentaria: La primera de ellas era la común, el segundo tipo de adopción, tenía por premiar las virtudes y el valor de aquel que pone en peligro su vida a favor de otro; y por último la testamentaria; la primera de ellas era la común, el segundo tipo de adopción, tenía por objeto premiar las virtudes y el valor de aquel que pone en peligro su vida a favor de otro; y por último la testamentaria, era aun mas casuística, debido a que el tutor oficioso después de cinco años de conferida tutela, hace testamento disponiendo en el la adopción de su pupilo, esto debido a que teme su muerte antes de que alcance a cumplir la mayoría de edad.

C.5.- Las Grandes Guerras del Siglo XX:

Durante el periodo existente del siglo XX, es decir, los periodos que involucraron la primera y segunda guerra mundial, el instituto de adopción además de otorgar descendencia y sucesión al adoptante, constituyo un medio para dar amparo a los niños huérfanos a raíz de los hechos bélicos.

Al finalizar la primera guerra mundial, en Francia el modelo de la adopción legítimamente, la que se caracterizaba por que se cortan los vínculos biológicos con los padres del menor y además del “secreto” elementos fundamentales, fue utilizada favoreciendo de esta forma a los niños hasta los cinco años.

Desde la década de los sesenta, en muchos países el instituto de la adopción sufrió importantes reformas; existiendo dos tipos: una de carácter simple que permitió a las personas solteras y casadas adopten a un menor de edad, pero sin que este niño rompa sus lazos biológicos y un segundo tipo de adopción era la plena, que pasa a ser la sucesora de la mencionada adopción legítimamente, pero ahora ampliada a cualquier menor de edad.

C.6.- La Adopción en el Derecho Chileno:

El Código Chileno de Bello no considero esta institución en su normativa. Se cree que el prestigioso juriconsulto no la contemplo debido a que don Andrés Bello fue un gran observador de la idiosincrasia del pueblo chileno de mediados del siglo XIX, y este instituto jurídico había tenido poco arraigo bajo la legislación castellana, por este motivo al parecer, se separo de su fuente principal para regirse por lo dispuesto en el derecho español.

Recién el 6 de Enero de 1934, fu promulgada la Ley 5.343, que contemplo la adopción pero que contenía grandes vacios y, además, este instituto jurídico no concedía la condición de hijo legitimo. Por lo anteriormente señalado el legislador dicto una nueva Ley, que fue la N° 7.613, el 21 de Octubre de 1943, denominada “Ley de Adopción” que consistió en establecer

la denominada adopción contractual. Posteriormente fue dictada la Ley N° 16.346 de 20 de Octubre de 1965 mediante la cual se incorporaba definitivamente al menor a su familia adoptiva, ya que no como hijos natural sino que como hijo legítimo y la irrevocabilidad del vínculo. El problema que presentó esta legislación fue lo engorroso de sus procedimientos, por lo cual, en su afán de mejorar aun este instituto, se dictó la Ley N° 18.703 de 10 de Mayo de 1988, cuerpo jurídico que contempló además de la adopción plena, la adopción simple, reglamentando la salida de menores del territorio de la nación para ser adoptados en el extranjero y contiene normas procedimentales. Finalmente se concluye la evolución histórica de la adopción con la entrada en vigencia de la actual Ley de adopción N° 16.620 de 1999, cuyo análisis, característica y objetivos centrales, serán expuestos el acápite pertinente.

CAPITULO III: FILIACION ADOPTIVA SEGÚN LEY 19.620

A.- Objetivo y Principios: Al comenzar al tratar este tema, se debe tomar en cuenta lo que ya hemos hecho mención al referirnos a la evolución histórica que tuvo este instituto jurídico, en la legislación nacional, lo cual tendremos por íntegramente reproducido en el presente acápite, por lo que la voluntad del Poder Ejecutivo, fue en primer término, actualizar nuestra legislación y adecuarla a la legislación vigente y en particular a los Tratados Internacionales como la Convención Sobre Los Derechos del Niño, promulgada el 27 de Septiembre de 1990. Por lo antes expuesto debe considerarse como el objetivo central de la Ley N° 19.620, el señalado en el inciso primero del artículo del citado cuerpo legal: “La adopción tiene por objeto velar por el interés superior del adoptado y amparar su derecho a vivir y desarrollarse en el seno de una familia que le brinde el afecto y que le procure los cuidados tendientes a satisfacer sus necesidades espirituales y materiales, cuando ello no le pueda ser proporcionado por su familia de origen”. A raíz de lo manifestado por el legislador, se colige que lo esencial es siempre El Interés Superior del Niño y el carácter social que aquella

debe revestir en beneficio del menor. A este respecto se debe considerar que este objetivo prevalecerá sobre los intereses de otros actores que participan en el proceso de adopción, como lo son los parientes, futuros adoptantes, etc., sus intereses deben posponerse a favor del adoptado, y corresponde al magistrado precaver y tomar las medidas necesarias, a fin de que este interés superior del adoptado sea absolutamente respetado, y es así que en otra disposición de la Ley N° 19.620, se prescribe que el Juez, se encuentra facultado en cualquier etapa del procedimiento, a privar del cuidado personal del menor a los solicitantes. Por todo lo antes señalado debe considerarse que este principio rector será considerado y tener siempre en cuenta para los efectos de la aplicación e interpretación de las diversas disposiciones contenidas en la Ley, incluidas también aquellas que dicen relación con los diversos procesos de adopción.

Conjuntamente con este principio de carácter general enunciado por el artículo 1° de la Ley, existen otros principios que surgen a raíz del anterior, que no son menos importante; son una verdadera consecuencia del antes mencionado y que fueron considerados por el legislador, a saber: la adopción es subsidiaria de la filiación de origen. Para explicar este principio, debe en primer término considerarse que el legislador reconoció al menor su derecho a vivir y desarrollarse en el seno de su familia de origen, pero si esta no le reconoce ese derecho cabe dar aplicación a las normas sobre la adopción, y es así que para velar por la correcta protección del menor en su proceso de adopción se han contemplado los programas de adopción, mediante los cuales se procura otorgar al menor una familia responsable.

Otro de estos principios es la protección al adoptado que otorga la Ley N° 19.620, la cual se materializa en el artículo 3 del cuerpo legal, disposición que establece que “durante los procedimientos a que se refiere esta Ley, el juez tendrá debidamente las opiniones del menor, en función de su edad y madurez”, de lo cual se entiende claramente que el menor, en el desarrollo del procedimiento de adopción, debe ser oído, por lo cual manifiesta abiertamente su voluntad. En el evento de ser menor adulto, será necesario su

consentimiento, que manifestara expresamente ante el Juez durante el respectivo procedimiento previo a la adopción. Cabe mencionar el caso en que este menor manifieste su negativa, situación ante la cual el Juez debe dejar constancia de las razones que invoca el menor. Ahora bien, y solo excepcionalmente, el juez podrá ordenar continuar con el procedimiento, si así lo argumenta fundadamente, por motivos sustentados en el interés superior del adoptado.

Es importante manifestar que este principio es de carácter esencial, esto debido a la forma estatuida en el cuerpo legal, por lo que en caso de haberse omitido esta diligencia, podrá declararse la nulidad del procedimiento o deberán declararse las diligencias pertinentes para salvar esa omisión, en caso que ello fuere posible, para poder subsanar semejante omisión.

La intervención estatal es otro resguardo tomado por la Ley y es así como el Servicio Nacional del Menor (SENAME), tiene participación tanto extrajudicial como judicial. Este organismo fue creado por medio del decreto Ley N° 2.465, del año 1979, por medio del cual se establece como deber del Estado el auxilio a los menores de edad integrantes del grupo familiar, especialmente si se encuentra en situación que ponga en peligro su desarrollo normal, por lo que crea este servicio dependiente del Ministerio de Justicia, por medio del cual desarrolla importantes funciones que le habilitan para desarrollar acciones de carácter técnico y auxiliares a la labor que deben desempeñar Los Tribunales de Familia en esta materia, y es así como el artículo 6 de la Ley de adopción contempla que podrán intervenir en los programas de adopción solo el Servicio Nacional de Menores o los Organismos Acreditados ante este. En este último caso, y en el evento de concesión o denegación de la acreditación, se dispondrá por resolución fundada por el Director Nacional del Servicio Nacional de Menores, motivada en la concurrencia o ausencia de todo los requisitos señalados; la suspensión o revocación procederá en caso de ausencia o pérdida de alguno de los requisitos indicados, sin perjuicio de los recursos administrativos que pueda impetrar la institución a la cual fue negada su acreditación.

Conjuntamente con la función anteriormente señalada, debe señalarse que el artículo 5 de la Ley, obliga al Servicio a llevar dos registros: uno, de personas interesadas en la adopción de un menor de edad, en el cual se distinguirá entre los que tengan residencia en el país y las que residan en el extranjero; y el otro, de personas que pueden ser adoptadas. Otra actividad del Servicio consistirá en desarrollar programas de adopción, patrocinios de solicitud de adopción e intervención judicial de carácter pericial. Ahora bien, en materia Judicial el Servicio Nacional de Menores, en virtud de lo dispuesto en el artículo 6° , podrán hacerse parte en todo los asuntos que regula esta Ley, en defensa de los Derechos del Menor comprendido dentro de sus normas. Además cabe mencionar que el Servicio Nacional del Menor tiene participación con posterioridad a la adopción, solo en relación con el juicio de nulidad de adopción.

El Juez constituye otro órgano que requiere nuestra atención en este principio de la intervención estatal, y es vital, toda vez que su participación siempre contemplara la protección de los interés del menor, en tanto cuanto como para manifestar que el es susceptible de ser adoptado, como para los efectos de dictar la sentencia de adopción misma.

Finalmente debemos señalar el principio inquisitivo y rápido de este procedimiento, esto debido a que el tribunal puede iniciar de oficio para que se declare que un menor es susceptible de ser adoptado y, además, el juez puede ordenar que se lleven a cabo dentro de los plazos que establece la ley, los informes y diligencias que estime necesarias. En lo referente a la rapidez o celeridad en la tramitación, cabe destacar que se trata de un procedimiento no contencioso que no admite oposición aplicándose supletoriamente la Ley N° 16.618 en su tramitación, la que establece plazos perentorios y breves para la realización de diligencias e informes. Además en la Ley se contemplan diversas sanciones respecto de cada uno de los plazos, y esto es con el fin último de propender a que el procedimiento finalice rápidamente, determinándose la situación del menor en relación con su susceptibilidad de ser adoptado o de adoptado en su caso.

B.- Sujetos que Intervienen:

Pueden intervenir en tres calidades diversas: como adoptante, como adoptado, o bien como terceros institucionales. Sin perjuicio de lo antes señalado, existen también los terceros más o menos cercanos, como lo serian los parientes de los adoptados. En el siguiente acápite analizaremos brevemente quienes pueden participar en las distintas calidades de participación que hemos hecho mención.

1° Adoptantes.-

En primer término Pueden ser adoptantes, los matrimonios chilenos y los extranjeros, los cual corresponden a una gran innovación estatuida por esta Ley de Adopción, según lo dispone el artículo 20° del mencionado cuerpo legal. Además de matrimonios pueden adoptar las personas solteras y las personas viudas, siempre que sean de nacionalidad chilena que cumplan con los requisitos estatuidos en el artículo 21 de la Ley N° 19.620.

2° Adoptados:

Este grupo de sujetos está compuesto en su gran mayoría por menores, y corresponden a los sujetos pasivos en el procedimiento. En el evento que estos sean dos o mas que se encuentren en situación de ser adoptados sean hermanos, el tribunal procurara que los adopten los mismos solicitantes.

3° Terceros Institucionales:

En primer término y como lo señalamos en el punto anterior, acá se encuentran claramente el Servicio Nacional de Menores y los Organismos acreditados ante este organismo. La Ley de Adopción los faculta para hacerse parte en todos los asuntos que ella regula, en defensa de los derechos de menor comprendido dentro de sus normas.

En cuanto a los organismos acreditados ante el Servicio Nacional de Menores, según el artículo 6°, se otorgara la atribución de acreditación únicamente a corporaciones o fundaciones que entre su objeto la asistencia o protección de menores de edad demuestren competencia técnica y profesional para ejecutar programas de adopción y sean dirigidas por personas idóneas.

Otro organismo que interviene en el Registro Civil, aunque su participación es posterior a la adopción propiamente tal, se dispone en el inciso primero del artículo 27 que la dirección Nacional del Servicio del Registro Civil e Identificaciones recibirá los autos del Oficial del Registro Civil que haya practicado la inscripción de la adopción. Posteriormente de esta actividad administrativa, se remitirá al Jefe del Archivo General del Servicio de registro Civil e Identificación, quien los mantendrá bajo su custodia en sección separada, de la cual podrán salir por resolución judicial.

4º Terceros no Institucionales:

Se entiende por familia de origen a los parientes consanguíneos a que se refiere el artículo 14, los que son los ascendientes y los otros consanguíneos de grado más próximo del menor, y a los que, dentro de los procedimientos previos a la adopción se les cita para que concurran al tribunal a exponer lo que sea más conveniente a los intereses del menor, bajo apercibimiento de que, si no concurren se presumirá su consentimiento favorable a la declaración de que el menor es susceptible de ser adoptado; o bien a falta de estos, a quienes tengan bajo su cuidado al menor.

C.- Procedimientos Establecidos por la Ley 19.620:

En la Ley 19.620 se pueden distinguir dos fases o etapas sucesivas para lograr la constitución de la adopción, cuales son:

- A)** Un procedimiento previo a la constitución de la adopción, el cual recibe el nombre de programas de adopción, regulado por el título II de la Ley;
- B)** Luego se encuentra el procedimiento de la constitución de la adopción o procedimiento de adopción propiamente tal, regulado por el título III de la Ley.

C.1.- Disposiciones Comunes:

C. 1.A.- Disposición que dice Relación con la voluntad del Menor:

Según lo prescrito por el artículo 3º durante los procedimientos establecidos por la actual Ley de adopción, tiene especial relevancia la voluntad del menor que se pretende

adoptar. Debiendo distinguir si este menor es impúber o menor adulto:

A) Si es impúber: “el juez tendrá debidamente en cuenta las opiniones del menor, en función de sus edad y madurez” (artículo 3° inciso 1°).

B) Si es menor adulto “será necesario su consentimiento, que se manifestara expresamente ante el juez durante el respectivo procedimiento previo a la adopción, en relación con la posibilidad de ser adoptado, y en el curso del procedimiento de adopción, respecto de la solicitud presentada por los interesados”... (Artículo 3° inciso 2°).

En ambos casos, si el menor expresa su negativa, el juez se encuentra obligado a dejar constancia de ella en el expediente y de las razones invocadas por el menor. Sin embargo, aun en este caso, el juez, excepcionalmente por motivos sustentados en el interés superior del menor y por resolución fundada podrá ordenar que se siga adelante el respectivo procedimiento.

C.1.B.- Disposiciones que establecen la reserva de la Adopción:

El artículo 28 de la Ley 19.620 establece en la primera parte de su inciso primero que “todas las tramitaciones, tanto judiciales como administrativas y la guarda de documentos a que dé lugar la adopción, serán reservadas”...

A pesar del carácter absoluto de la redacción de este artículo se contemplan dos importantes excepciones a esta reserva:

1° La primera de las excepciones se encuentra contemplada en el propio artículo 28°, inciso primero de la Ley, al señalar que dicha reserva no se aplica en el caso que los interesados, en su solicitud de adopción hayan requerido lo contrario, debiendo dejarse constancia de ello en la sentencia de constitución de adopción.

2° La segunda excepción a la reserva de la adopción se encuentra consagrada en el artículo 27, incisos 2° y 3°.

El inciso segundo del artículo 27, señala que una vez practicada la inscripción de la adopción por el correspondiente Oficial del Registro Civil, se enviarán los antecedentes al jefe de Registro Civil e Identificación, quien los debe mantener bajo su custodia en sección

separada, de la cual solo podrán salir por resolución judicial. En este caso se puede otorgar copias autorizadas de la sentencia o del expediente de adopción por resolución judicial, a petición del adoptado, de los adoptantes o de los ascendientes o descendientes de estos. Si los peticionarios no son los adoptados solo se concederá la autorización previa citación de estos, salvo que se acredite su fallecimiento.

El inciso 3° del artículo 27, si bien no es más que una consecuencia de lo previsto en su inciso segundo, es importante puesto que viene a reconocer expresamente que el adoptado siempre tendrá derecho a conocer si esta es su filiación de origen, es así como se establece expresamente “ cualquier interesado mayor de edad y plenamente capaz que tenga antecedentes que le permitan presumir que fue adoptado podrá solicitar personalmente al Servicio de Registro Civil e Identificación que le informe si su filiación tiene ese origen.”

C.2:- Normas de Procedimiento Aplicable:

La Adopción se sujetara, en cuanto a su tramitación, a las normas establecidas en la Ley y, en lo previsto por ella, a las de la Ley N° 16.618” (Artículo 2° de la Ley 19.620).

“En esta materia es menester advertir según se dejo constancia en el boletín 899/07 del senado que la comisión tuvo presente que la Ley N° 16.618, en su artículo 34°, prevé la posibilidad de que el procedimiento se transforme en contencioso, lo que hubo consenso a desechar, por cuanto la eventual controversia, en los términos de esta iniciativa, solo podrá suscitarse durante los procedimientos previos a la adopción.

Con todo, con el artículo hace aplicable la Ley de Menores en lo no previsto por el proyecto de ley en informe, la comisión opto por mantenerlo sin enmiendas, pero adicionando en el párrafo relativo al procedimiento de adopción su carácter de no contencioso, y la sustanciación en cuaderno separado de las cuestiones que se planteen al tribunal. Asi se consagra en el artículo 22, inciso segundo, del texto que proponemos”.

C.3.-Procedimiento Previo de Adopción o Programa de Adopción:

C.3.1: _Concepto: El artículo 7°, inciso primero, define que se entiende por programa de adopción como aquel “conjunto de actividades tendientes a procurar al menor una familia

responsable. Estas actividades las realizara el Servicio Nacional de Menores y los Organismos Acreditados ante este a través de profesionales expertos y habilitados en esta área.

Comprende principalmente el apoyo y la orientación a la familia de origen del menor, la recepción y el cuidado de este, la evaluación técnica de los solicitantes y la preparación de estos como familia adoptiva, a cuyo efecto les corresponderá acreditar la idoneidad requerida en el artículo 20 de esta Ley.

El mismo artículo, en su inciso segundo, expresa que se entiende por familia de origen los parientes consanguíneos de grado más próximo del menor y, a falta de estos, a quienes tenga bajo su cuidado al menor.

C.3.2.- Tribunal Competente: En términos generales es el Juez de Familia del domicilio del menor que tiene competencia en materia protecciones.

Para estos efectos, el inciso segundo del artículo 18 de la Ley 19.620 señala que “ se entenderá por domicilio del menor el correspondiente a su respectiva institución, si se encontrare bajo el cuidado del Servicio Nacional de Menores o de un Organismos acreditado ante este”.

Excepcionalmente, si existiera una medida de protección anterior dictada previamente respecto del menor, será competente el tribunal que la haya dictado.

C.3.3.- Cuidado Personal del Menor: El juez ante el cual se siga alguno de los procedimientos previos a la constitución de la adopción, en cualquier momento en que el interés del menor lo aconseje, podrá confiar su cuidado personal a quienes hayan manifestado al tribunal su voluntad de adoptarlo y cumplan con los requisitos señalados en los artículos N° 20, 21 y 22. Aplicara especialmente esta regla tratándose de las personas interesadas en adoptar. Que programa el Servicio Nacional de Menores o un Organismo acreditado ante este en las gestiones que patrocinen (artículo 19 inciso 1° de la Ley 19.620).

C.3.4.-Derecho a Asignación Familiar: “Los menores cuyo cuidado personal se confié a quienes hayan manifestado al tribunal su voluntad de adoptarlos serán causantes de

asignación familiar; en esa calidad podrán acceder a los beneficios previstos en las leyes N° 18.469 y 18.933, según el caso, y los otros que le correspondan”. (Inciso 2° del artículo 19 de la Ley 19.620).

C.3.5.- Acumulación de Procesos de protección: “Si hubiere procesos de protección incoados en relación con el menor, el juez ordenara agregarlos a los autos” (artículo 19 inciso final de la Ley 19.620):

C.3.6.- Requisitos que debe Reunir el Adoptado: Según el artículo 8° de la Ley 19.620, los adoptados deben reunir dos requisitos:

1.- Ser menor de 18 años de edad.-

2.- Que se encuentren en algunas de las situaciones que señala el mismo artículo y que son:

A) El menor cuyos padres no se encuentren capacitados o en condiciones de hacerse cargo responsablemente de el y que expresen su voluntad de entregarlo en adopción ante el juez competente.

B) El menor que sea descendiente consanguíneo de uno de los adoptantes, de conformidad al artículo 11.

C) El menor que haya sido declarado susceptible de ser adoptado por resolución judicial del tribunal competente, de acuerdo a los artículos N° 12 y siguientes.

C.3.a.- Procedimiento previo de Adopción tratándose de padres Incapaces y que expresen su voluntad de entregar al Menor en Adopción:

En este caso no se trata de un menor abandonado, sino cuyos padres se encuentran en dos condiciones copulativas:

1°.- Que sus padres no se encuentren capacitados o en condiciones de hacerse cargo responsablemente de el, y

2°.- Que sus padres expresen su voluntad de entregarlo en adopción ante el juez competente.

En este caso se aplicara el procedimiento señalado en el artículo 9° de la Ley 19.620, según el cual a más tardar dentro de los 10 días siguientes a la declaración de voluntad de los padres o del padre o madre compareciente, el juez declara una o más mediadas según

corresponda:

1°.- Si solo hubiera comparecido uno de los dos padres, ordenara que se cite personalmente al otro padre o madre para que concurra al tribunal, bajo apercibimiento de presumirse su voluntad de entregar al menor en adopción.

La citación se reitera por una segunda vez en caso de no concurrencia, pero los plazos que se contemplen para las citaciones, en su conjunto, no podrán exceder de sesenta días contados desde la declaración que da inicio a este procedimiento. Vencido este término o habiéndose negado a concurrir al tribunal el padre o madre citado, será suficiente la sola declaración del compareciente.

Si el padre o madre compareciente hubiere fallecido o estuviere imposibilitado de manifestar su voluntad, bastara también la declaración del otro.

2°.- Requerirá los informes que estime necesarios para acreditar fehacientemente que los padres del menor no se encuentran capacitados o en condiciones de hacerse cargo responsablemente de él. Al requerirlos, señalará el plazo dentro del cual deberán ser evacuados, que no excederá de 30 días.

3°.- Dentro del mismo plazo máximo señalado en el número anterior, oír al Servicio Nacional de Menores cuando la gestión no sea patrocinada por ese Servicio o alguno de los Organismos acreditados ante él.

El juez deberá resolver dentro del plazo de 30 días después de cumplidas las diligencias señaladas, si se cumplen antes del vencimiento del plazo señalado y en el evento de que las respectivas diligencias señaladas no se hayan evacuado, el tribunal prescindirá de ellas y el plazo de 30 días se contará desde el vencimiento del plazo señalado por el juez.

Si el tribunal no resuelve dentro de plazo, y la gestión se encuentra patrocinada por el Servicio Nacional de Menores o un Organismo acreditado ante este, se entenderán comprobadas las circunstancias o condiciones necesarias para que proceda la adopción por la causal actualmente estudiada. En este caso, el Secretario del Tribunal certificara lo anterior, a solicitud verbal del interesado.

La resolución que declara que el menor puede ser adoptado o la correspondiente certificación, en su caso, será puesta en conocimiento del Servicio Nacional de Menores para que incorpore al registro de personas que pueden ser adoptadas.

Según lo dispuesto por el artículo 10 de la Ley 19.620, este procedimiento puede iniciarse antes del nacimiento del menor, siempre que se encuentre patrocinado por el Servicio Nacional de Menores o un organismo acreditado ante este. En tal caso, se efectuarán los trámites que correspondan, y solo quedarán pendientes la ratificación de la madre y la dictación de la sentencia.

Dentro del plazo de 30 días, contado desde el parto, la madre deberá ratificar ante el tribunal su voluntad de entregar en adopción al menor. No podrá ser objeto de apremios para que ratifique y, si no lo hiciera, se la tendrá por desistida de su decisión.

Con todo si la madre falleciere antes de ratificar, será suficiente manifestación de su voluntad de dar al menor en adopción la que conste en el proceso.

Ratificada por la madre su voluntad, el juez resolverá dentro de los 15 días siguientes.

C.3.b.- Procedimiento previo de Adopción en el caso que el Menor sea Descendiente consanguíneo de los Adoptantes:

En esta situación, que se encuentra reglamentada por el artículo 11 de la Ley es necesario distinguir:

1°.- Cuando uno de los cónyuges que lo quisieran adoptar es su padre o madre, o solo ha sido reconocido por hijo por él o ella, se aplicará directamente el procedimiento previsto en el Título III.

2°.- Si el hijo ha sido reconocido por ambos padres o tiene filiación matrimonial, será necesario el consentimiento del otro padre o madre, aplicándose, en lo que corresponda, lo dispuesto en el artículo 9°.

3°.- A falta del otro padre o madre, o si este se opusiere a la adopción, el juez resolverá si el menor es susceptible de ser adoptado de conformidad a los artículos siguientes de la Ley 19.620 y que se refieren al tercer caso en que puede encontrarse el menor.

Todo lo cual se aplica igualmente cuando uno de los cónyuges que quiere adoptar es ascendiente consanguíneo del padre o madre. (Artículo 11 inciso final de la Ley 19.620).

C.3.c.- Procedimiento previo a la Adopción en el caso del Menor que se encuentra Abandonado:

Esta situación se encuentra reglamentada por el artículo 12 de la Ley 19.620, el cual establece que “procederá la declaración judicial de que el menor es susceptible de adopción, sea que su filiación este o no determinada, cuando el padre, la madre, o las personas a quienes se haya confiado su cuidado se encuentren en una o más de las siguientes situaciones:

1° Se encuentran inhabilitados física o moralmente para ejercer el cuidado personal, de conformidad al artículo 226 del Código Civil.

El artículo 226 señalado dispone que podrá el juez, en caso de inhabilidad física o moral de ambos padres, confiar el cuidado personal de los hijos a otra persona o personas competentes. En la elección de estas personas se preferirá a los consanguíneos más próximos y sobre todo a los ascendientes.

A su vez la >Ley 19.618 señala en su artículo 42, que para los efectos del artículo 226 del Código Civil, se entenderá que uno o ambos padres se encuentren en el caso de inhabilidad física o moral:

- a.- cuando estuvieren incapacitados mentalmente.
- b. cuando padecieren de alcoholismo crónico.
- c.- cuando no velaren por la crianza, cuidado personal o educación del hijo.
- d.- cuando consintieren que el hijo se entregue en la vía o lugares públicos a la vagancia o a la mendicidad, ya sea en forma franca o a pretexto de profesión u oficio.
- e.- cuando hubiere sido condenado por secuestro o abandono de menores.
- f.- cuando maltrataren o dieran malos ejemplos al menor o cuando la permanencia de este en el hogar constituyere un peligro para su moralidad.
- g.- cuando cualquier otra causa coloquen al menor en peligro moral o material.

2.- No le proporcionen atención personal, afectiva o económica durante el plazo de tres meses, y si fuere menor de seis meses de cuarenta y cinco días.

No constituye causal suficiente para la declaración judicial respectiva, la falta de recursos económicos para atender al menor.

3.- Lo entreguen a una Institución Pública o privada de protección de menores o a un tercero, con anónimo manifiesto de liberarse de sus obligaciones legales.

Se presume ese anónimo cuando la mantención del menor a cargo de la Institución o del tercero no obedezca a una causa justificada, que la haga más conveniente para los intereses del menor que el ejercicio del cuidado personal por el padre, la madre o de las personas a quienes se haya confiado su cuidado.

Se presume asimismo, cuando dichas personas no visiten al menor, por lo menos una vez, durante cada uno de los plazos señalados en el número precedente, salvo causa justificada. Para este efecto las visitas registradas en la institución.

Los que reciban a un menor en tales circunstancias, deberán informar al juez competente del hecho de la entrega y de lo expresado por el o los padres, o por las personas que los tenían a su cuidado.”

C.3.C.1.- Procedimiento Aplicable en esta Causal:

1° .- Inicio del procedimiento: El procedimiento que tenga por objeto declarar que un menor es susceptible de adopción, se iniciara 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 institución pública o privada que tuvieran a su cargo al menor, la solicitud deberá ser presentada por sus respectivos directores.

En el caso de los menores de filiación no determinada respecto de ninguno de sus padres, solo podrán iniciar el procedimiento el Servicio Nacional de Menores o el organismo acreditado ante este bajo cuyo cuidado se encuentren. (Artículo 13 de la Ley 19.620).

2° Citación a Ciertos Parientes: Recibida la solicitud el juez, a la brevedad deberá citar a los ascendientes y a los consanguíneos de grado más próximo del menor para que concurran al

tribunal a exponer lo que sea conveniente a los intereses del menor, bajo apercibimiento de que, si no concurren, se presumirá su consentimiento favorable a la declaración de que el menor es susceptible de ser adoptado. (Artículo 14, inciso 1° Ley 19.620).

Esta citación deberá notificarse personalmente, si no se conoce el domicilio de los parientes citados y si no se conociere dicho domicilio, el juez decretara las medidas que estime necesarias para su determinación.

Si en el plazo de 30 días, no se obtuviere resultados positivos a través de dichas diligencias, el juez ordenara de inmediato que la notificación sea efectuada por medio de un aviso que se publicara gratuitamente en el Diario Oficial el día 1° o 15 de cada mes o el día siguiente si aquel fuese feriado. El aviso se publicara también por una vez en un diario de circulación nacional. (inciso 3°, artículo 14 de la Ley 19.620).

En este caso el aviso deberá ser redactado por el secretario del tribunal e incluirá el máximo de datos disponibles para la identificación del menor. La notificación se entenderá practicada tres días después de la publicación del aviso (inciso 4°, artículo 14, Ley 19.620).

3° Sanción de los Parientes del Menor que no Comparecen: Se les considerara rebeldes por el solo ministerio de la Ley, y respecto de ellas las siguientes resoluciones surtirán efecto desde que se pronuncien.

4° Plazo para comparecer al Tribunal de dichos Parientes: diez días hábiles contados desde la fecha de la notificación.

5°Recepcion de la Causa a Prueba y Término Probatorio: Una vez vencido el termino para comparecer de las personas indicadas precedentemente y si procediere, el juez recibirá la causa a prueba por el termino señalado los incidentes. En este caso la prueba testimonial se rendirá dentro del término probatorio y en la oportunidad que el tribunal señale.

Si se recibe la causa a prueba, en la misma resolución, el juez podrá decretar de oficio las diligencias necesarias para verificar la veracidad de los hechos y circunstancias que se invocan para solicitar la declaración de que el menor es susceptible de ser adoptado, en especial la imposibilidad de disponer de otras medidas que permitan la permanencia del

menor en su familia de origen y las ventajas que la adopción representa para el. Esta facultad el tribunal también la puede hacer valer sino se recibe la causa a prueba.

6°.- Plazo para Dictar Sentencia y su Notificación: concluido el termino probatorio y las diligencias que el tribunal hubiere dispuesto, este tiene un plazo de 30 días hábiles para dictar sentencia, la cual debe ser fundada y se notificara por cedula a los consanguíneos de grado más próximo que hayan comparecido a los autos.

7°.- Apelación, consulta y trámites posteriores a encontrarse ejecutoriada la Sentencia: contra la Sentencia que declare al menor como susceptible de ser adoptado o la que deniegue esa declaración, procederá el recurso de apelación en el solo efecto devolutivo.

La Sentencia recaída en procesos en que no sea parte el Servicio Nacional de Menores o un organismo acreditado ante este, que no se apelare, deberá elevarse en consulta al tribunal superior.

Estas causas gozaran de preferencia para su vista y fallo.

Ejecutoriada la Sentencia que declara al menor susceptible de adopción, el tribunal oficiara al Servicio Nacional de menores para que lo incorpore en el correspondiente registro a que se refiere el artículo 5°.

C.4.-Procedimiento de la Constitución de la Adopción o Procedimiento de la Adopción Propiamente Tal:

C.4.1.- Requisitos que dicen Relación con la Persona de los Adoptantes:

En este punto es necesario distinguir entre:

A).- Requisitos de los Adoptantes Residentes en Chile.

B).- Requisitos de los Adoptantes Residentes en el extranjero.

C.4.1.A.- De la constitución de la Adopción por Personas Residentes en Chile:

1.- Debe tratarse de Personas Naturales.-

2.- Principalmente deben tener la calidad de cónyuges y secundariamente puede tratarse de personas viudas o solteras.-

3.- Deben tener cierta diferencias de edad con el Adoptado y además tratándose de

matrimonios adoptantes, los cónyuges deben tener, por regla general cierto número de años de constitución de matrimonio.-

1.- Debe Tratarse de Personas Naturales.

Si bien la Ley no señala este requisito en forma expresa, no cabe duda que implícita lo establece al regular el estado civil que pueden tener los titulares de la acción de Adopción. Debiendo recordar que el estado civil es un atributo de la personalidad que poseen solo las personas naturales.

2.- Principalmente deben tener la calidad de Cónyuges y Secundariamente pueden ser personas Viudas o Solteras.

A) En el evento que los titulares de la acción de adopción sean cónyuges, estos deberán reunir los siguientes requisitos:

1° Que los cónyuges tengan Residencia Permanente en Chile, independientemente de su Nacionalidad.

2° Deben haber sido evaluados como físicos, mentales, psicológicos y moralmente idóneos por el Servicio Nacional de Menores o los organismos acreditados ante este.

3.- Los cónyuges deben actuar siempre de consuno en las gestiones que requieran de expresión de voluntad de los adoptantes.

4.- Los cónyuges deben tener dos años de matrimonio o más pero, en este caso no será exigible este mínimo de años, cuando uno o ambos cónyuges se encuentren afectados de infertilidad.

5.- Deben ser mayores de 25 años de edad y menores de 60 años, con una diferencia de a lo menos 20 años de edad con el adoptado. En esta situación el juez por resolución fundada, podrá rebajar la diferencia de edad indicada, pero esta rebaja no podrá exceder de 5 años.

Los requisitos de edad y diferencia de edad con el menor no serán exigibles si uno de los adoptantes fuere ascendiente por consanguinidad del adoptado.

Acreditados ante éste, en la misma resolución en que lo acoja a tramitación, el tribunal ordenara ponerla en conocimiento de ese Servicio. (Artículo 33 de la Ley 19.620)

5º Comparecencia de los solicitantes: Los deberán comparecer personalmente ante el juez, cuando este lo estime conveniente, lo que dispondrá a lo menos en una oportunidad en el curso del proceso (inciso primero de la Ley 19.620)

6º Cuidado Personal del Menor: El Juez en cualquier momento, podrá confiar el cuidado personal del menor a quienes hayan manifestado al tribunal su voluntad de adoptarlo y cumplan con los requisitos legales, aplicándose esta regla especialmente en el caso de personas interesadas en adoptar, propuestas por el Servicio Nacional de Menores o un Organismo Acreditado ante este, el tribunal desde que aparezcan en autos, antecedentes que a su juicio sean suficientes, les otorgara la tuición del menor y dispondrán las diligencias que estime pertinentes para establecer su adaptación a su futura familia. Pero en tal caso, el menor no podrá salir del territorio nacional, sin autorización del tribunal. (inciso segundo del artículo 35 de la Ley 19620)

7º Trámite ante el Registro Civil: Para los efectos de lo dispuesto en los, artículos 26, número 1, 2, 3, y 27, se remitirá el expediente a la oficina del Servicio de Registro Civil e Identificación de la comuna de Santiago. (Artículo 36 de la Ley 19.620)

D.- Efectos de la Adopción:

Los efectos de la adopción se encuentran señalados en el artículo 37 de la Ley 19.620, siendo los siguientes:

1.- La adopción confiere al adoptado el estado civil de hijo de los adoptantes, con todos los derechos y deberes recíprocos establecidos en la Ley. Estos derechos y obligaciones recíprocos se encuentran señalados en el Código Civil, en su Libro I, Títulos IX, X, que tratan de los derechos y obligaciones entre los padres y los hijos y de la patria potestad, respectivamente; teniendo, derecho al nombre, derechos sucesorios y de alimentos.

2.- Extingue sus vínculos de filiación de origen, para todo los efectos civiles, salvo los impedimentos para contraer matrimonio establecidos en los artículos 5º de la Ley de Matrimonio Civil, los que subsistirán, para este efecto, cualquiera de los parientes biológicos que menciona esa disposición podrán hacer presente el respectivo impedimento ante el Servicio de Registro Civil e Identificación desde la manifestación del matrimonio y hasta antes de su celebración, lo que dicho servicio deberá verificar consultando el expediente de adopción.

E.- fecha desde la cual la adopción produce sus efectos: La adopción produce sus efectos legales desde la fecha de inscripción del nacimiento ordenada por la Sentencia que la constituye (inciso segundo del artículo 37 de la Ley 19.629)

F.-Termino de la adopción: Según el artículo 38 de la Ley 19.620, la adopción, por regla general, es **IRREVOCABLE**. Sin embargo es posible poner término a la adopción mediante el ejercicio de la Acción de Nulidad, cuando ella haya sido obtenida por medios ilícitos o fraudulentos, siempre que la acción se intente en un plazo de 4 años, contado desde que el adoptado alcanzo su plena capacidad, haya tomado conocimiento del vicio que afectaba la adopción. Es tribunal competente para conocer de ella el Juez de familia en que se tramito la adopción.

CAPITULO IV: HISTORIA FIDEDIGNA DEL ESTABLECIMIENTO DE LA ACCION DE NULIDAD EN LA ADOPCION:

1) En la Ley 7.613:

El artículo de la Ley señalada “la adopción que no reúna los Establecidos en los artículos 2, 3,4, 5 y 6 de esta Ley es nula”, la referida disposición no indicaba el artículo 7º el que establecía la inscripción de la escritura en el Registro Civil e Identificación del domicilio del adoptado. Por su parte el artículo 13º señalaba que la adopción producía sus efectos respecto de las partes y terceros desde el momento de su inscripción en el Registro civil e Identificación correspondiente, lo cual implicaba que mientras no se realizara este último trámite la adopción no producía sus efectos. Sin embargo no podría señalarse que al omitir este trámite esta sería nula, ya que el artículo 11 no se refiere a este requisito como invalidante, ya que puede realizarse en cualquier momento.

“Por lo que se refiere a esto como la omisión de formalidad la anotación de la adopción al margen de la inscripción del nacimiento del adoptado, el legislador olvido fijar su sanción. En efecto, esto no es la nulidad, pues el artículo 11 no lo dice, ni tampoco la inoponibilidad, ya que el artículo 13 alude únicamente a la inscripción de la escritura de adopción pero no a la anotación marginal”¹⁹

Según el inciso segundo del artículo 11, “ es igualmente nula aquella que adolezca de error, fuerza o dolo”, vicios que pueden incidir sobre el adoptante o el adoptado.

En cuanto a las personas que podían alegar la nulidad era todo aquel que tenía interés actual en ello (artículo 11 inciso 3º)

Sin embargo si la causal de nulidad invocada es la existencia de un vicio del consentimiento, solo tendría derecho a exigir la nulidad el que sufrió el error, la fuerza o el dolo o sus herederos.

La acción de nulidad sólo podía ejercerse en el plazo fatal de cuatro años contado desde la inscripción de la inscripción de la escritura de la adopción en el Registro Civil e Identificación (artículo 11 inciso 3º), finalizando este plazo caduca el ejercicio de la acción de nulidad.

La Ley en referencia estableció separadamente de la acción de nulidad, la acción de impugnación de la adopción. Así el artículo 12 señalaba la impugnación de la adopción en el caso que ésta cumpla con los requisitos legales y el juez estime que es beneficiosa para el adoptado pero con posterioridad no existía tal provecho, se podía exigir la impugnación. En tal caso la adopción no era nula puesto que cumplía con todos los requisitos legales y el juez la consideró provechosa para el adoptado. De

A diferencia de la acción de nulidad que podían alegarla todo el que tenga interés en ello, la impugnación podían alegarla los ascendientes legítimos del adoptante y del adoptado y los descendientes legítimos de este último, teniendo un plazo fatal de cuatro años desde la inscripción de la Escritura Pública.

2) En la Ley Nº 16.346:

Esta ley, en su artículo 12, contemplaba la posibilidad para el legitimado, por la filiación adoptiva, de solicitar siempre la nulidad de la adopción, cuando esta fuera obtenida con fraude o dolo.

Este cuerpo legal fue el primero en el País que estableció la legitimación

Adoptiva y que posteriormente se conocería como adopción plena. En ella, si bien se reconocía el principio de la irrevocabilidad de la adopción, establecía a su vez como única excepción a esta irrevocabilidad la posibilidad que el adoptado solicitara su declaración de nulidad por las causales aludidas. Debe destacarse que el adoptado siempre podía pedir la nulidad por lo cual se trataba de una acción imprescriptible, lo cual se considera armónico con el principio de reserva de la adopción.

3) En la Ley 18.703:

La ley en cuestión mantenía el principio de irrevocabilidad de la adopción, lo que se consagraba expresamente en su artículo N° 38 inciso 1°: “La adopción plena es Irrevocable”. Sin embargo, al igual que la Ley 16.346, la Ley 18.703 en el mismo artículo citado, en sus incisos 2° y 3°, contemplaba como única excepción aquel principio de irrevocabilidad, el hecho que el adoptado pudiera siempre pedir la nulidad de la adopción cuando esta había sido obtenida fraudulentamente.

En esta Ley, a su vez, se establecía que el tribunal competente para conocer de la adopción de nulidad era el Juez de Letras del territorio jurisdiccional donde se tramita la adopción.

En la Ley en referencia la acción de nulidad conserva el carácter de imprescriptible.

4) **En la Ley 19.620:**

La Ley en referencia inicia su tramitación legislativa por iniciativa de su S.E. el Presidente de la República don Patricio Aylwin Azocar, quien presentó el proyecto dentro de la Legislatura extraordinaria de la Cámara de Diputados con fecha 8 de Enero de 1993, Corporación que la deriva a la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia.

La Ley 19.620 desde su origen contemplaba como uno de sus principios fundamentales la irrevocabilidad de la adopción. Es así como en el proyecto de la ley ingresado a la Cámara de Diputados establecía en el Capítulo I, Título III (De la Adopción Plena Nacional), párrafo Tercero titulado “De los efectos de la Adopción Plena y su Expiración”, el artículo 29 que prescribía “La adopción plena es irrevocable. Con todo, el adoptado podrá siempre pedir, en juicio ordinario, la nulidad de la adopción plena obtenida fraudulentamente.

Será competente para conocer de la acción de nulidad el Juez de letras con jurisdicción en el territorio en donde se tramita la adopción.

La redacción y ubicación del artículo citado se debe a que en el proyecto de ley despachado desde el Ejecutivo se mantenía la distinción entre adopción simple, que se denominaba Protección Adoptiva (Capítulo II, artículos 35 al 49), y Adopción Plena Nacional (Capítulo I, Título III, artículos 15 al 29) y Adopción Plena Internacional (Capítulo I, Título IV, artículos 30 al 42). Cada una de las figuras adoptivas recién descritas tenía su propia forma de expiración, es así que para la protección se contemplaban como causales de expiración, es así que para la protección adoptiva se contemplaban como causales de expiración: 1º la mayoría de edad del menor; 2º la Sentencia judicial dictada de oficio o a petición de parte, por el tribunal que resolvió sobre la Adopción cuando se hayan perdido las finalidades que se tuvieron en vista para otorgarla y, especialmente, en caso de abandono, maltrato, depravación o incapacidad física permanente del protector adoptivo; 3º la adopción del menor conforme a las normas del Capítulo de la Ley o por su adopción plena Nacional O Internacional. Por otra parte la adopción Plena Internacional, contemplaba como causal de expiración cuando el organismo gubernamental encargado del seguimiento del menor en el extranjero informara de algún impedimento para que la adopción surta sus efectos, en cuyo caso el juez que la otorgo, atendido el interés superior del menor y sus derechos fundamentales, podrá aprobar su colocación en una familia sustituta con fines de adopción, o podrá disponer el retorno del menor. Por último, en todo caso de adopción plena, esto es, nacional e internacional, se contemplaba como causal de expiración y única excepción al principio de irrevocabilidad de la adopción, la nulidad de la misma según los términos del artículo 29 transcrito.

Durante la tramitación del proyecto en la Cámara Baja, tanto como en la Comisión de Constitución, Legislativa y Justicia y en la sala se modifica, manteniéndose cada una de las figuras adoptivas descritas y las causales de

expiración señaladas. También se conserva la acción de nulidad únicamente dentro del capítulo I, Título III (De la Adopción Plena), párrafo 3º, titulado “De los efectos de la adopción plena y de su expiración”, artículo 30º, que disponía “La adopción plena es irrevocable, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 39, número 3, con respecto a la adopción internacional. Con todo, el adoptado, por sí, o por curador especial, podrá siempre pedir la nulidad de la adopción si ha existido un vicio que la invalide.

Será competente para conocer de la acción de nulidad el Juez de Letras de Menores con jurisdicción en el territorio donde se tramita la adopción”

Con esta redacción y a pesar de la ubicación del referido artículo 30 antes del párrafo cuarto “De la Adopción Plena Internacional”, se refuerza el principio de irrevocabilidad de la adopción al señalarlo expresamente y establecer que este opera en toda clase de adopción plena, esto es nacional e internacional, contemplado como excepciones para la adopción de la segunda especie la causal indicada en el artículo 39 numeral 3 y en todo caso cuando ha existido un vicio que invalide, situación en la que el titular era el adoptado por sí o representado por curador especial, siendo el tribunal competente el Juez de menores en donde se tramita la adopción.

En octubre de 1998, el proyecto de la adopción ingresa a su segundo trámite legislativo en el Senado del Congreso Nacional, donde remitido para su informe en sala a la Comisión de Familia, la que recomienda formular una reordenación formal del proyecto, puesto que se propone eliminar el Título II del Capítulo I “ Del procedimiento previo a la adopción plena” para reemplazarlo por “Procedimiento previos de adopción”; luego se elimina la diferencia entre adopción plena nacional y adopción plena internacional para distinguir solamente entre la constitución de la adopción por personas residentes en Chile, y por personas residentes en el extranjero, eliminando el

titulo de la Protección de Adopción. La comisión de familia recogiendo la indicación de los Senadores Cariola, Stange y Urenda. Reemplaza el artículo 29 del proyecto. Con el objeto que pueda pedirse la nulidad de la adopción cuando hubiere sido obtenida por medios ilícitos o fraudulentos y en el plazo para ejercer la respectiva acción se cuenta desde la fecha en que se en que el adoptado alcanza su plena capacidad, haya tomado conocimiento del vicio que afecta el proceso de adopción.

Finalmente el Senado aprueba el artículo relativo a la nulidad en la adopción como artículo 37^o (antes artículo 29), eliminando en el inciso primero la expresión relativa a la renovación de la adopción internacional y sustituyendo la referencia al vicio invalidante de la adopción que haría procedente la Acción de Nulidad, por otra parte se refiere a la obtención de la adopción por medios fraudulentos. En el inciso segundo , se fija el plazo dentro del cual se podrá ejercer la Acción de Nulidad. En el inciso tercero, se incluye la norma arelativa a la competencia ampliándola al juez de letras del territorio en que se tramito la adopción.

De esta forma la Acción de Nulidad de Adopción queda tratada dentro del título III de la “Adopción”, párrafo Cuarto “De los efectos de la adopción y de su expiración”, con la redacción textual “ La Adopción es Irrevocable. Con todo el adoptado, por si o por curador especial, podrá pedir la nulidad de la adopción obtenida por medios ilícitos o fraudulentos.

Será juez competente para conocer de la Acción de Nulidad el juez de letras con jurisdicción sobre el territorio en el cual se tramitó la adopción”.

En la virtud de las modificaciones introducidas por el Senado al proyecto de Ley de la Adopción, este ingresa a su tercer trámite legislativo, siendo acogido por la Comisión Mixta en enero de 1999. Esta comisión en su informe señala que la Comisión Mixta decidió acoger el texto del honorable Senado, en

cuanto permite pedir la nulidad de la adopción obtenida “por medios ilícitos o fraudulentos”, ya que comprende satisfactoriamente las distintas situaciones que pueden presentarse, y no resulta pertinente incluir, en general, los vicios del consentimiento, desde el momento en que se abandona la fórmula contractual de la Ley N° 7613. En cambio, estuvo de acuerdo la Comisión Mixta en que la posibilidad de ejercer esta acción será solo de cuatro años siguientes a la fecha en que el adoptado, una vez alcanzada su plena capacidad, tome conocimiento del vicio, no se hace cargo de la posibilidad de que este aparezca o sea evidente con anterioridad, por ejemplo, en virtud de la sentencia condenatoria por alguno de los delitos que establece esta misma Ley.

En tales casos le pareció evidente a la Comisión Mixta que el único titular de la Acción de Nulidad es el Adoptado, por si, o por curador especial debería tener la opción de ejercerla. Para tal efecto, sustituyo la referencia” al cabo de dicho tiempo (artículo 38).***

En definitiva, la acción de nulidad en la adopción quedo regulada por la Ley N° 19.620 en su Título III “De la Adopción” párrafo cuarto “De los Efectos de la Adopción y de su expiración”, artículo 38 que prescribe “La adopción es irrevocable. Con todo, el adoptado, por si o por curador especial, podrá pedir la Nulidad de la Adopción obtenida por medios ilícitos o fraudulentos.

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

Será juez competente para conocer de la acción de nulidad el juez de letras con jurisdicción sobre el territorio en donde se tramito la adopción.

B) LEGISLACION COMPARADA:

Dentro de la Legislación Comparada que se ha consultado, la mayoría no contempla como excepción al principio de irrevocabilidad de la adopción, la acción de nulidad.

Alguna de estas legislaciones ni siquiera contempla el principio de irrevocabilidad de la adopción.

El Código Civil Español en el Libro I “De las Personas”, Título VII “de las relaciones Paterno Filiales” Sección segunda trata “De la Adopción”. contemplado en su artículo 180 Numero 1º, que la adopción es irrevocable, sin embargo, y acto seguido, dispone en su Numero 2º, que el juez acordará la extinción de la adopción a petición del padre o madre, que sin culpa suya, no hubieren intervenido en el expediente de adopción, conforme lo dispone la propia legislación española. En este caso es necesario que la demanda se interponga dentro del plazo de dos años siguientes a la adopción y que la extinción solicitada no perjudique gravemente al menor.

Dentro de la legislación comparada cabe destacar la Argentina. Está legislación trata de la adopción dentro del Código Civil, específicamente en el Libro I que trata “De las Personas”, sección segunda “De los Derechos Personales en la Relación de Familia”, Título IV titulado “De la Adopción”, en este título señala disposiciones generales (Capítulo I), además trata de la adopción plena (Capítulo II), de la adopción simple (Capítulo III), la nulidad e inscripción (Capítulo IV) y de los efectos de la adopción conferidos en el extranjero (Capítulo V).

La legislación argentina en materia de adopción reconoce la Irrevocabilidad de la misma. En su artículo 323 del Código Civil se dispone que “La adopción plena es irrevocable.....” luego indica que tratándose de esta filiación el adoptado pierde absolutamente su vinculación con la familia biológica, declaración que se refuerza con lo dispuesto con el artículo 327 del Código Civil, que señala “Después de acordada la adopción

plena no es admisible el reconocimiento del adoptado por sus padres biológicos en el ejercicio por el adoptado de la acción de filiación respecto de aquellos....”. Al regular la adopción simple esta legislación opta por la solución de declararla revocable, contemplando para su procedencia las siguientes causales

- a) Haber incurrido el adoptado o el adoptante en dignidad de los supuestos previstos por el Código Civil argentino, para impedir la sucesión.
- b) Haber negado alimentos sin causa justificada.
- c) Petición justificada del adoptado mayor de edad.
- d) Acuerdo de partes manifestando judicialmente, cuando el adoptado fuera mayor de edad.

En este caso la causal las causales de revocación se encuentran acorde con el carácter proteccional que se le pretende dar a esta adopción simple, idea que se refuerza por el hecho que en este caso el adoptado no pierda sus vínculos filiales con su familia biológica. De tal forma es que el artículo 336 del Código Civil señala que “Después de la adopción simple es admisible el reconocimiento del adoptado por sus padres biológicos y el ejercicio de la acción de filiación.

Sin perjuicio de lo dispuesto especialmente en la adopción plena, el Código Civil argentino en su artículo 337 contempla la posibilidad de declarar la nulidad de cualquiera de las de las dos adopciones indicadas, siendo entones, una excepción a la irrevocabilidad de la adopción. Al regular esta nulidad la legislación argentina distingue entre causales que producen la nulidad absoluta y la relativa.

Producen nulidad absoluta la adopción obtenida en violación a los preceptos referentes a:

- a) La edad del adoptado
- b) La diferencia de edad entre el adoptado y el adoptante.

- c) La adopción que hubiese tenido un hecho ilícito como antecedente necesario, incluido el abandono supuesto o aparente del menor proveniente de la comisión de un delito del cual hubiera sido víctima el mismo y/o sus padres.
- d) La adopción simultánea por más de una persona salvo que los adoptantes sean cónyuges.
- e) La adopción de descendientes.
- f) La adopción de hermanos y medios hermanos entre sí.

Son causales de nulidad relativa, la adopción obtenida en violación de los preceptos referentes a:

- a) La edad mínima del adoptante.
- b) Vicios del consentimiento.

La legislación argentina nos parece interesante por cuanto, de la legislación comparada consultada, es la única que contempla como excepción al principio de irrevocabilidad de la adopción, la posibilidad que sea declarada nula. Sin embargo, desde ya, es necesario precisar que guarda grandes diferencias con la acción de nulidad de la adopción contemplada en nuestra legislación, puesto que la naturaleza de la nulidad regulada en uno y otro sistema positivo es absolutamente diferente, como se precisará en su oportunidad. Dada esta diferencia fundamental, es que las causales de nulidad reguladas en la legislación argentina sean más restringidos que en nuestra legislación y al ser eminentemente civil o sustantiva la nulidad regulada por la legislación argentina, es posible la distinción entre causales de nulidad relativa y absoluta, diferencia inaplicable en nuestras causales de la acción de nulidad en la adopción.

Por otra parte, existen legislaciones que, contemplan el principio de irrevocabilidad de la adopción, a su vez prevén excepciones a dicho principio pero en ningún caso examinan, dentro de estas, acciones nulidad. Al respecto, cabe destacar las legislaciones peruanas y la española.

El Código Civil del Perú en su Libro III que trata del “Derecho de la Familia”, en su Sección Tercera, titulada “Sociedad Paterno Filial”, establecido en su artículo 380 que la “La Adopción es Irrevocable”, Título I “Filiación Matrimonial”, Capítulo II trata de la “Adopción”, estableciendo en su artículo 380 que “La Adopción es Irrevocable”, consagrada a su vez como excepción una especie de impugnación en su artículo 385 el que dispone. “El menor o el mayor incapaz que haya sido adoptado puede pedir que se deje sin efecto la adopción dentro del año siguiente a su mayoría o a la a fecha en que desapareció su incapacidad. El juez lo declara sin más trámite.

En tal caso, recuperaran vigencia sin efecto retroactivo, la filiación consanguínea y la partida correspondiente. El registro del estado civil respectivo hara la inscripción del caso por mandato judicial.

El Código Civil español en su Libro I “De Las Personas”, Título VII “De las Relaciones Paterno Filiales”, la Sección segunda trata “De la Adopción”, contemplado en su artículo 180 N° 1 que la adopción es irrevocable, sin embargo, y acto seguido, dispone en el numeral N° 2 que el juez acordará la extinción de la adopción a petición del padre o madre que , sin culpa suya, ni hubieren intervenido en el expediente de adopción , conforme lo podemos comprobar en la propia legislación española. En este caso que se presente la demanda dentro de los dos años siguientes a la adopción y que la extinción solicitada no perjudique gravemente al menor.

Hay otras legislaciones que ni siquiera contemplan el principio de irrevocabilidad de la adopción. Dentro de estas legislaciones se puede destacar la de Venezuela y México.

El Código Civil venezolano trata “De la adopción” en su Título VI del Libro I “De las Personas”. En esta legislación se establece expresamente la revocabilidad ya sea por causa legal y/o Legal. Tratándose de la revocación por causa voluntaria se preocupa el artículo 258 del Código Civil el que expresamente señala: “El lazo jurídico establecido por adopción podrá romperse, pero nunca bajo condición o termino.

La ruptura se efectuará por mutuo consentimiento del adoptante y del adoptado, si este es capaz, manifestando personalmente ante el juez de primera instancia que ejerza la jurisdicción en el domicilio de cualquiera de los dos”.

La revocación de la adopción por causa legal se encuentra contemplada en el artículo 259 del Código Civil, el que expresamente dice: “La revocación de la adopción será declarado por el juez, a instancia del adoptado, si existen justos motivos y a instancia del adoptante, en caso de ingratitud del adoptado”.

La legislación venezolana también contempla la posibilidad que la adopción pueda ser impugnada dentro del plazo de dos años desde la fecha en que el menor haya alcanzado su mayoría de edad o haya sido revocada la inhabilidad o la interdicción (artículo 260 del Código Civil).

Por su parte la legislación mexicana también ampara la posibilidad de revocar la adopción en dos causales:

1º Cuando las partes convengan en ello, siempre que el adoptado sea mayor de edad. Si no lo fuere, se oirá a las personas que prestaron su consentimiento de acuerdo con el artículo 397 “El que ejerce la patria potestad sobre el menor que se trata de adoptar ; el tutor que va adoptar ; la persona que haya acogido por seis meses al que se pretende adoptar y lo trate como hijo, cuando no hubiere quien ejerza la patria potestad sobre él ni tenga tutor; el Ministerio Público del lugar del domicilio del adoptado, cuando éste no tenga padres conocidos, ni tutor, ni persona que ostensiblemente le importa protección y lo haya acogido

como hijo”, cuando fueren de domicilio conocido, y a falta de ellas, al representante del Ministerio Público y al Concejo de Tutelas.

C.- NATURALEZA JURIDICA DE LA ACCION DE NULIDAD DE LA ADOPCIÓN:

Según el artículo 38 de la Ley 19620, la acción de nulidad en la adopción procede cuando esta hubiere sido obtenida por medios ilícitos o fraudulentos.

En la redacción de este artículo la excepción al principio de la irrevocabilidad de la adopción se encuentra en la acción de nulidad, cuyo fundamento es, en general, la existencia de un fraude en la forma de obtenerla, por lo que la doctrina ha precisado que la naturaleza de esta acción es la de ser una acción revocatoria procesal al constituir un medio de impugnación del fraude procesal.

D.- FRAUDE PROCESAL:

D1).- Concepto: “Es toda actividad unilateral, bilateral o plurilateral ejercida intra o extra proceso, con dolo, mala fe o en forma temeraria para modificar o alterar ilícitamente la verdad legal o formal en un proceso judicial, haciendo valer un precepto legal o formal en un proceso judicial, haciendo valer un precepto legal que no procede normalmente aplicar, a fin de causar daño o perjuicio a otro, o bien con beneficio propio o de un tercero.*****

D2).- Elementos del Fraude procesal:

1º El empleo de la vía judicial como medio lícito.

2º Que se persigan fines ilícitos.

3º El Perjuicio.

1º El Empleo de la Vida Judicial como Medio Lícito:

La o las que se valgan del fraude pretenderán utilizar el proceso como medio Lícito e idóneo para otorgar valides al acto fraudulento.

En este caso la o las partes autoras del fraude utilizaran el proceso en sí , considerando desde el punto de vista del procedimiento y/o desde un punto de vista de la Ley sustantiva que se hace valer para resolver de una manera determinada el asunto, solución a la que correspondería llegar de no existir una alteración a la verdad.

De esta forma, a través de una alteración a la verdad (que se puede materializar en uno o varios actos consecutivos o no, a través del proceso para logra el fin último), se pretenderá una solución que en la realidad es ilícita, pero como se encuentra revestida de la formalidad del proceso, en el cual no se altera en modo alguno su desarrollo ni la ley de fondo aplicable según el merito de autos, obtendrán que esta solución, en principio debe ser aceptada como legal sin serlo.

2º.- Que se Persigan Fines Ilícitos:

Al existir una alteración de la verdad en el proceso y dado que el tribunal debe resolver estrictamente conforme a su merito, y por lo tanto contraria a derecho e injusta. Al materializarse esta resolución ya sea en la sentencia definitiva o en una sentencia interlocutoria, de la primera especie, se encuentren firmes y ejecutoriadas, se obtendrá un resultado ilícito, “contrario a la ley procesal..., con trascendencia al plano sustantivo, y ello debido a la instrumentalidad del proceso frente al derecho sustantivo, siendo por tanto lo normal que se eludan las normas procesales y con ellos se eludan las sustantivas, haciendo aplicar otras durante todo el proceso...,****

3º.- El Perjuicio:

A consecuencia de los elementos anteriores señalados, al existir una alteración de la verdad que se plasme en una resolución judicial ilícita, necesariamente existirá un perjuicio, aun que no necesariamente contra otro intra o extra proceso. Consideración en virtud de la cual se ha apreciado al fraude como un elemento accesorio en el fraude procesal.

La doctrina ha considerado que este perjuicio siempre existirá pero pero principalmente contra la ley procesal y por lo tanto contra la ley sustantiva, por tanto, un perjuicio a la administración de justicia.

Todo ellos no obstaculiza a que efectivamente se pudiera producir un perjuicio en contra de la contraparte en la relación procesal y también podría producirse un perjuicio en contra de un tercero ajeno a la relación procesal que pudiera tener un derecho compatible o no con lo resuelto y especialmente en este último caso su interés será jurídico cuando pretende atacar el fraude de la resolución respectiva, por estar comprometido el interés de la ley o de la justicia.

D.3).- Sujetos del Fraude Procesal:

1.- Sujetos Pasivos:

Podrán serlo:

1º.- Las partes de la relación donde se debe incluir al propio tribunal (a modo de ejemplo, cuando este rebaja la cantidad de años de matrimonio que deben exigir para el cumplimiento del requisito para poder calificar y puedan adoptar. Otorgándoles por ejemplo el cuidado personal del menor.- previo a que se presente por estos alguna prueba de infertilidad). En la acción de nulidad en la adopción, obviamente el primer sujeto activo serán los padres interesados en adoptar, ya sea durante todo o parte del procedimiento de constitución de adopción.

2º.- Terceros no Interesados o absolutamente ajenos al proceso: este es el caso de testigos, peritos judiciales, algún funcionario judicial como puede ser un receptor, actuario, etc., En este punto en relación con la acción de nulidad podría tener especial relevancia el fraude que se podría cometer por el Servicio Nacional de Menores u otros organismos acreditados ante este, en la evolución física, mental y moral de idoneidad de los adoptantes que ordena el artículo 20 de la Ley 19.620.

3ºTerceros interesados: Si bien la regla general será que en lo contencioso civil pueda provenir fraude por parte de este tipo de terceros ya se en la calidad de coadyuvantes, excluyentes o independientes, en el proceso de constitución de la adopción quedan absolutamente excluidos, toda vez que se trate de un procedimiento de carácter voluntario (proceso en el cual no existe controversia, situación en la cual el juez solo se limita a verificar que se cumplan los requisitos de forma y fondo exigidos por la ley para llevar a cabo el procedimiento de adopción) y además este procedimiento de constitución de la adopción no presenta una naturaleza de carácter patrimonial o pecuniaria, sin la cual estos terceros no podrían acreditar su interés actual comprometido en el asunto.

3º.- Sujetos Pasivos:

1º.- El tribunal ya que el sujeto defraudador en base a una alteración de la verdad pretenderá que el juez dicte una Sentencia injusta, contraría al procedimiento procesal y la ley sustantiva, y de esta forma se produzca un resultado ilícito y en consecuencia se afecte a la administración de justicia.

2º.- La contra parte será quien sufra del fraude de la contraría ya sea desarrollando la carga procesal correspondiente o sufriendo pasivamente de este. Sin perjuicio de ello en el proceso de la constitución de la adopción no existe contra parte que sufra de este perjuicio ya que se trata de un procedimiento voluntario que jamás podrá transformarse en contencioso.

3º.- tercero ajeno al juicio. Especial relevancia tiene este tercero tratándose de la acción de nulidad en la adopción, en atención a que, como ya se a señalado esta acción se otorga solo al menor y éste durante el proceso de constitución de adopción tiene precisamente el carácter de tercero ajeno al juicio mismo.

E.- LA ACCIÓN DE NULIDAD DE LA ADOPCIÓN COMO MEDIO DE IMPUGNACIÓN DEL FRAUDE PROCESAL.-

Los requisitos que establece el artículo 38 de la ley 19.620 para que opere la acción de nulidad de la adopción como medio de impugnación del fraude procesal son los siguientes:

- 1.- Que la adopción haya sido obtenida por medios ilícitos o fraudulentos.
- 2.- Que se intente se intente por sí o por el curador especial.
- 3.- Que se intente en el plazo de cuatro años desde que el adoptado, haya alcanzado su plena capacidad, y este haya tomado conocimiento del hecho que vicia la adopción.

Cumplíendose estos requisitos la adopción que se encuentra legalmente constituida, a través de sentencia firme y ejecutoriada, podrá ser impugnada mediante la acción de nulidad con lo cual se deja sin efecto la cosa juzgada y los efectos que ella produce, constituyéndose, esta acción en una importante excepción a la inimpugnabilidad de las sentencias y por lo tanto se altera el normal efecto de la cosa juzgada, que constituye efectos permanentes, la en que en materia de estado civil como es en la adopción, es especialmente relevante puesto que se admite su extensión a todos, aunque no hayan sido parte del juicio respectivo.

La importante excepción a la cosa juzgada que constituye la acción de nulidad en la adopción es perfectamente armónico con el espíritu de nuestro ordenamiento jurídico procesal, ya que esté más allá de la certeza jurídica que proporciona la cosa juzgada, debe

amparar “La verdad que aparece alterada o modificada en el proceso como consecuencia del fraude procesal.

Así planteadas las cosas y teniendo presente que el adoptado en el proceso de constitución de la adopción es considerado por el legislador como un verdadero tercero respecto del cual se crea un estado civil sin su intervención, la sentencia también tendrá eficacia pero atenuada, la “que puede ser destruida por la demostración que la sentencia es equivocada y de que en realidad, la relación resuelta era distinta de cómo fue declarada”.

La eficacia atenuada de la sentencia de la cosa juzgada producida por la sentencia de constitución de la adopción, se demuestra efectivamente en el hecho que el adoptado mientras no alegue la nulidad del procedimiento de la adopción, está producirá sus efectos, y el adoptado sólo tendrá un plazo de cuatro años desde que tomo conocimiento del vicio que afecta al procedimiento de la adopción y ha alcanzado un plena capacidad, con lo cual se privilegian, por sobre todo sus principios de seguridad jurídica que produce la cosa juzgada y el de la apariencia que inspira nuestra legislación en materia de familia.

F.- OTROS ASPECTOS DE LA ACCIÓN DE NULIDAD DE LA ADOPCIÓN:

ADOPCIÓN:

G.1).- Titular de la Acción: está acción sólo podrá intentarse por el adoptado por sí, en el caso que sea mayor de edad, o por medio de curador especial.

Esta norma es armónica con lo dispuesto en el artículo 27 de la Ley 19.629, la cual otorga al adoptado, entre otros, judicialmente en el Archivo General del Servicio de Registro Civil, copias autorizadas de la sentencia o del expediente de adopción, documento sin los cuales no se podría iniciar el procedimiento de la acción del juicio de nulidad de adopción.

G.2).- Prescripción de la Acción: Este plazo es de cuatro años desde que el adoptado alcanza su plena capacidad y toma conocimiento del vicio que afecta al procedimiento de adopción.

G. 3).- Tribunal Competente: Para conocer de la acción de nulidad de la adopción, será el juez de letras con jurisdicción sobre el territorio en el cual se tramita este procedimiento.

G. 4).- Procedimiento: Dado que el legislador no ha señalado un procedimiento especial para la tramitación del juicio de nulidad de adopción, deberá aplicarse lo dispuesto en el artículo número 3 del Código de Procedimiento Civil, sobre el cual se aplicara el Procedimiento Ordinario Civil, en toda las gestiones, tramites y actuaciones que no estén sometidos a una regla especial diversa, cualquiera sea su naturaleza.

G.- EFECTOS DE LA DECLARACIÓN DE NULIDAD DE EL PROCEDIMIENTO DE ADOPCIÓN:

En este caso que se acoja la acción de nulidad de adopción, y sea declarada por sentencia firme y ejecutoriada, los efectos serán los que generalmente se producen en cualquier declaración de nulidad y que se encuentra regulado en el inciso primero del artículo 1687 del Código Civil, esto es las partes deben ser restituidas al mismo estado que se hallarían si no hubiese existido el acto nulo, se reputará como si este no hubiese existido jamás.

“En consecuencia, el menor deberá retomar a su familia de origen, con todos sus derechos y obligaciones legales, como si nunca hubiese dejado de pertenecer a ella, conservando el estado civil que tenia con anterioridad a la adopción nula”. Esto es lo que comenta la profesora Larraín , en cuanto a que el párrafo Cuarto del Título de la Ley 19.620, titulado “De los Efectos de la Adopción y su expiración”, no es exacto dado que “no podemos hablar propiamente de una expiración”, puesto que la nulidad retrotrae las cosas al estado anterior, operando con efecto retroactivo..., y el vocablo “expiración” significa en su sentido natural , “la acción y efecto de morir acabarse o finalizar”, Sería más correcto designare como “anulación” o, en último caso como extinción”

CAPITULO V: OTRA FORMA DE CÓMO LLEGAR A SER PARTE DEL LISTADO DE NIÑOS NIÑAS O ADOLECENTES SUCEPTIBLES DE SER ADOPTADOS.-

En este capítulo, tenemos la gestión contenciosa, en la cual el estado se hace parte a través del Sename en situaciones en que los niños, niñas o adolescentes han sido vulnerados sus derechos y esta se acciona a través de una medidas de protección solicitada al tribunal de familia con jurisdicción del domicilio del menor afectado, la cual se llevara a efecto a través de una denuncia, con lo cual se radica una demanda de susceptibilidad de adopción, para en contra de los padres del menor al momento de tener una sentencia firme y ejecutoriada, de susceptibilidad este menor ingresar a un listado de niños susceptibles de ser adoptados y este deberá de cumplir con todo los protocolos establecidos en la ley N° 19.620, la cual muchas veces no está exenta de abusos por parte de los operadores de este sistema para lograr obtener la adopción del menor

Situación que personalmente pude observar en una causa de susceptibilidad de adopción, en que tuve la oportunidad de ser parte en esta causa, esta vez con un final feliz y poder lograr obtener una sentencia favorable para el padre legal, que fue quien siempre se opuso a la adopción, porque siempre tuvo la convicción que la menor de autos, al ser separada de su grupo familiar no sería la mejor alternativa además del daño que esta separación en forma forzada pudiese general a ella y todo su grupo familiar. La cual al día de hoy vive en Santiago junto a su abuela materna y su padre legal y también junto a sus hermanos.

En cuanto al procedimiento de adopción, este requiere como antecedente, la declaración de susceptibilidad del menor de ser adoptado, etapa que está compuesta por una serie de actuaciones y requisitos que llevan a burocratizar la obtención de dicha declaración,

siendo bastante frecuente que se logre ésta respecto de niños que ya han alcanzado una edad donde retienen determinadas situaciones, llevando a marcarlos inevitablemente con recuerdos de un crudo rechazo. Este procedimiento también posee ciertas desventajas respecto de las familias con escasos recursos, ya que los hijos de familias económicamente vulnerables son susceptibles de ser declarados susceptibles de adopción con mayor frecuencia y facilidad que los hijos de familias pertenecientes a clase media o alta, sin mediar ningún tipo de ayuda o cooperación previa. Por otro lado, existe en este mismo punto un profundo vacío respecto del nuevo Acuerdo de Unión Civil creado por la Ley N° 20830, ya que la ley de adopción solo contempla como posibles padres adoptantes, y en orden de prelación, a cónyuges chilenos o extranjeros con residencia permanente en el país, personas solteras, divorciadas o viudas con residencia permanente en el país o cónyuges sin residencia en Chile, cumpliendo con los demás requisitos expresados en el cuerpo legal objeto de análisis (duración de 2 años o más de matrimonio previos, diferencias de edad de mínimo 20 años con el menor adoptado, tener más de 25 años y menos de 60 años de edad y ser evaluados como física, mental, psicológica y moralmente idóneos por alguna institución reconocida por el SENAME). Así las cosas, ¿En qué lugar quedarían los convivientes civiles?, como lo reiteraron en variadas oportunidades los miembros del gobierno actual, esta figura buscaría integrar a los convivientes de igual o distinto sexo. Si bien esta institución no es el objeto de nuestro análisis, es bastante notorio en cuanto a materias de adopción se trata, los vacíos que contiene dicha figura. Por otro lado, el

orden de prelación en que se establece la posibilidad de adoptar, podría considerarse como fuente de discriminación a quienes desean criar y dar afecto en forma independiente a un niño, porque es sabido que la crianza realizada, por madres solteras o padres que asumen dicha tarea de forma autónoma, no lleva como consecuencia directa e inevitable, que dichos menores reciban menos afecto, atenciones o cuidado, ni que la presencia de dos padres que hayan contraído matrimonio sea garantía de mayor estabilidad, solvencia y afecto para el niño. Dichas creencias solo corresponden a prejuicios tradicionalistas y conservadores, que no compatibilizan en nada con nuestra realidad social actual, y que sin embargo todos los gobiernos de turno y la mayor parte de los miembros del poder legislativo insisten en mantener, situación que lleva a que las normas legales no nos representen como miembros de una sociedad dinámica y diversa.

Esta opinión la comparto con la autor: Priscilla Delgado Castaño, de este texto, ya que siempre los niños que son susceptibles de ser adoptados son personas que viven en condiciones de pobreza, padres con pocos años de estudios y muchas son hijos de madres solteras, hogares en que no hay un ingreso fijo mensual que permita sacarlos de este círculo de pobreza, pero el no tener dinero no significa que estos padres sean menos capaz en su crianza o carezcan de habilidades parentales para su desarrollo personal, si viene es cierto no siempre el hogar en el que viven es el más adecuado de acuerdo con las necesidades en cuanto al confort e infraestructura de sus hogares, que estos requieren para un pleno desarrollo, pero que hay del afecto del amor y los lazos que se han formado en el corto tiempo de vida del menor y sus

padres, es justo que por no contar con recursos suficientes se les deba declarar susceptibles de adopción y toda esa gran maquinaria del Servicio Nacional del Menor (SENAME), este como contra parte en esta demanda, además los padres de los menores susceptibles de ser adoptados generalmente son de escasos recursos no cuentan con una asesoría jurídica, para poder proteger los derechos de estos menores y de todo este grupo familiar, que lo queramos o no siempre están involucrados en este proceso de adopción no es tan solo el menor de autos, en cuestión

CONCLUSIONES:

En términos generales debemos señalar como adecuada la intención del legislador de establecer, mediante la acción revocatoria de índole en estudio, un medio especial para sancionar el fraude cometido en la obtención de la adopción.

En este sentido debemos precisar que la acción de nulidad que se ha analizado sólo puede intentarse con el fraude cometido en el proceso constitución de la adopción, esto quiere decir que no cabe su aplicación por el eventual fraude que se pudiera cometer durante el procedimiento previo a la constitución misma y de la redacción propia del artículo numero 38 de la ley 19.620. Efectivamente, la referida normase encontrara ubicada en el Título III, titulado "De la adopción", el cual trata luego en sus párrafos primero, segundo y tercero de la constitución de la adopción por personas residentes en Chile, el procedimiento aplicable y de la constitución aplicable y de la constitución de la adopción por personas residentes en el extranjero, para tratar en su párrafo Cuarto "De los Efectos de la Adopción y su Expiración", dentro del cual se ubica el artículo 38 que ha sido objeto de este estudio. Esta ubicación demuestra que la acción de nulidad de la adopción además de aplicarse sólo por el fraude cometido en su constitución, ya sea por personas residentes como no son residentes en

Chile. Además según la historia fidedigna del establecimiento de la ley, en un comienzo se consideró la adopción plena internacional, la que contemplaba una causal específica para su revocación, consiste en que si, durante el período de dos años durante el cual la autoridad gubernamental encargada del seguimiento del menor en el extranjero, informare de algún impedimento para que la adopción surta los efectos exigidos por la ley, el juez que hubiere otorgado podía aprobar la colocación de este en una familia sustituta con fines de adopción o, incluso, podía disponer su retorno. Esta norma al igual que el párrafo correspondiente a la adopción plena internacional, no fue considerada en el texto definitivo, quedando como única excepción al principio de irrevocabilidad de la adopción por personas residentes y no residentes en Chile, la declaración de nulidad de la misma por fraude procesal cometido en la obtención de la adopción.

El hecho que la acción de nulidad de la adopción se aplique sólo a la constitución de la misma y no a los procedimientos previos, también se demuestra por la redacción del artículo 38 de la ley 19.620, el cual señala “ Podrá pedir la nulidad de la adopción obtenida por medios ilícitos o fraudulentos”. Esta redacción demuestra que el legislador parte de la base que para que se pueda pedir la nulidad de la adopción esta se debe haber obtenido, lo que significa “conseguir o lograr lo que se desea”, por lo cual es evidente que para ejercer la acción de nulidad de adopción es necesario que previamente esta se encuentre constituida con sentencia firme y ejecutoriada.

También encontramos adecuada la solución legislativa de no otorgar el conocimiento de la acción de nulidad al tribunal con jurisdicción en el territorio en donde se otorgó la adopción. Ello por cuanto si hubo una simulación fraudulenta o fraude procesal es difícil que el tribunal cuya sentencia se quiere impugnar reconozca que este se ha equivocado y más aún que ha sido defraudado por las partes que han intervenido en el litigio....,

En virtud de la relación que existe entre el recurso de revisión y la acción de nulidad de la adopción, al menos en cuanto a su oportunidad fundamentos, eventualmente podría

presentarse un conflicto de leyes en cuanto al ejercicio de una y otras acciones por parte del adoptado. Como solución a este eventual conflicto, se debe recurrir al principio de especialidad de las leyes, según el cual las disposiciones contenidas en una ley especial se aplican con referencia a las contenidas en una ley de carácter general. De esta forma, si bien la acción de nulidad de la adopción contenida en el artículo 38 de la ley 19.620 en sus fundamentos y oportunidad regula situaciones que caen también bajo las causales, señaladas en los numerales 1 al 3 del artículo 810 del Código de Procedimiento Civil, deberá primar la primera disposición por sobre las contenidas en el Título XX del Libro III del Código de Procedimiento Civil, en virtud del principio de especialidad. Así, el adoptado nunca podrá optar entre el ejercicio del recurso de revisión y la acción de nulidad de adopción, sino únicamente tendrá como medio de revocación de la adopción obtenida por medios ilícitos o fraudulentos, la acción regulada en el artículo 38 de la ley 19.620.

Respecto de terceros interesados, como podrían ser el padre y/o la madre biológicos del menor adoptado, si bien la ley 19.620 no les concede la acción de nulidad, estimo que podrán intentar la revocación de la adopción obtenida por medios ilícitos o fraudulentos, el recurso de revisión regulado en el Título XX del Libro III del Código de Procedimiento Civil. En este punto considero que la posibilidad que terceros interesados puedan intentar la revocación de la adopción por el medio antes mencionado podrá constituir un medio de presión, no siempre bien intencionada, contra la nueva familia del adoptado y contra éste mismo, en virtud de lo cual se piensa que con el fin de evitar este pernicioso efecto el legislador expresamente debió negar la posibilidad que la adopción pudiera ser revocada por cualquier medio diferente al contemplado en el artículo 38 de la ley 19.620 y por cualquier otra persona que no fuere el adoptado, quien es el más perjudicado, en definitiva ya que este es alejado de su familia biológica por motivos distintos a los cuales el legislador ha entendido la finalidad de este procedimiento en el cual estamos buscando el interés superior del niño, niña o adolescente. Que muchas veces son vulnerados sus derechos por diversos motivos y todo

ellos por el fraude que sirve de fundamento a la acción de nulidad para que se restituya el derecho vulnerado de todo un grupo familiar ya que acá no solo es el adoptado o sus padres sino que están involucrados todo los integrantes de una familia.

También se considera que se debiera analizar legislativamente la adecuada relación que existe entre el artículo 38 y el artículo 41 de la ley 19.620, punto que también comparto en la observación planteada por el Diputado señor Elgueta, quien en la sesión de sala del día martes 8 de junio de 1999, expreso que se había planteado “La posibilidad de que el hecho de haber incurrido en delito diera lugar a la nulidad, lo cual la Comisión Mixta rechazó aduciendo que tal acción puede ser ejercida tanto por el adoptante como por el adoptado, por sí o por curador especial, la cual sólo tendrá un plazo de cuatro años que se contara desde la mayoría de edad del adoptado y que este allá tomado conocimiento del vicio respectivo que afecta el procedimiento de adopción.

A este respecto, quisiera observar que aquí se da la posibilidad que coexista un fraude o una adopción mediante medios ilícitos con la respectiva adopción, tendiéndola a mantenerla en el interés superior del menor susceptible de ser adoptado, si los adoptantes se comportaran adecuada y responsablemente, con lo cual, como lo señale en la Comisión Mixta y lo reitero ahora, podrían afectarse las consecuencias del fallo penal condenatorio en materia civil artículo 178 y 180 del Código de Procedimiento Civil. No obstante, en la comisión mixta se dijo que no resultarían afectados estos efectos en atención a que el adoptado, por si o mediante su curador, dentro de un plazo determinado, podría invocar la nulidad civil en el instante que sea conveniente a los intereses del niño” ****. Efectivamente por sobre los cuatro años de prescripción de la acción en estudio, es posible que declarándose la existencia del delito y obteniéndose la condena por el mismo, subsistirá la adopción obtenida con la mediación de un delito como abuso de confianza, ardid, simulación, atribución de identidad u otra condición semejante. Considero que como medio de solución de esta situación, el legislador debió seguir con la redacción que la acción de nulidad de nulidad de la adopción

presentaba tanto el artículo 12 de la ley N° 16.646 y posteriormente el artículo 38 de la ley N° 18.703, disposiciones según las cuales el adoptado siempre podía pedir la declaración de nulidad, por lo cual la acción de nulidad de adopción era imprescriptible.

Por todo lo anteriormente expuesto, yo estoy en desacuerdo de que la acción de nulidad de adopción tenga un plazo de prescripción de cuatro años debido a que hay muchos intereses en juego desde el momento en que se dicta una sentencia la cual cambiara la vida de todo los involucrados en este acto tanto adoptado como adoptantes además de los padres biológicos y el grupo familiar del adoptado además, si este procedimiento tuvo alguna irregularidad.

Si bien la institución de la prescripción nos da certeza jurídica en todo acto, es necesario también resguardar los derechos de aquellos menores, que fueron apartados de sus familias con procesos fraudulentos e ilícitos y es por eso que en este tipo de situación la acción de nulidad de adopción no debería de tener un plazo de prescripción, para que el menor en cualquier momento en que tomare conocimiento de este hecho ilícito o fraudulento pudiese solicitar la acción de nulidad de adopción para poder poner término a esta situación que no tan solo afecta al adoptado si no a toda las partes involucradas.-

De acuerdo al proyecto de ley que modifica la ley 19.620 sobre adopción.

A mas de 14 años de entrada en vigencia de la actual ley, la que actualmente está desfasada con los tiempos en que se forman nuevas familias a modo de ejemplo la nueva ley de Acuerdo de unión Civil, no está contemplada en este proceso es que están necesaria una modificación a esta ley.

Además de la necesidad imperiosa de modificar el organismo de SENAME, lugar en el cual están juntos los menores susceptibles de ser adoptados con los menores infractores de ley, lo que no permite un trato especializado para los primeros de estos grupos.

También este proyecto busca regular con mayor cuidado la situación de guardadores o familias de acogida, permitiendo siempre someterlos a evaluación de idoneidad, en la medida en que cumplan con los demás requisitos.

Las causales de adoptabilidad por orfandad, discapacidad mental, trastorno de la personalidad, drogadicción, alcoholismo, maltrato o negligencia de uno de los padres debería de operar cuando la situación afecta a ambos padres y no solo a uno de ellos y así debería aplicarse la norma del Código Civil de Acuerdo al cuidado personal y la patria potestad .-