



UNIVERSIDAD FINIS TERRAE
FACULTAD DE DERECHO
ESCUELA DE DERECHO

EVOLUCION DE LA INSTITUCION DE LA ADOPCION DESDE EL DERECHO ROMANO HASTA LA ACTUALIDAD

SANTIAGO CORREA EDWARDS

MARTIN LAGOS IZQUIERDO

Memoria presentada a la Facultad de Derecho de la Universidad Finis Terrae,
para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas

Profesor Guía: Bracey Wilson Volochinsky

Santiago, Chile

2014

INDICE.

Introducción.....	Pág.1
--------------------------	--------------

CAPITULO 1: “Evolución de la adopción”

1.1.- Origen de la adopción.....	Pág.6
1.1.1.- La adopción en Grecia.....	Pág.6
1.1.2.- Roma.....	Pág.9
1.1.3.- La adopción en el Derecho Germánico.....	Pág.10

CAPITULO 2: “La adopción en el Derecho Romano”

2.1.- Clasificación.....	Pág.14
2.1.1.- Adrogación.....	Pág.14
2.1.2.- La adopción propiamente tal.....	Pag.16
2.1.3.- la adopción en el Derecho Justiniano.....	Pág.17
2.2.- Principios Fundamentales.....	Pag.19
2.2.1.- Requisitos.....	Pag.20
2.2.2.- Efectos y revocabilidad.....	Pag.22

CAPITULO 3: “Evolución de la adopción en nuestra legislación”

3.1.- Ley N° 5.343.....	Pag.25
3.2.- Ley N° 7.603.....	Pag.26
3.2.1.- Conceptos y características.....	Pag.26

3.2.3.- Efectos.....	Pag.27
3.2.3.- Expiración de la adopción Clásica.....	Pag.28
3.3.- Ley N° 16.346.....	Pag.29
3.3.1.- Conceptos y características.....	Pag.30
3.3.2.- Requisitos exigidos a los legitimantes adoptivos.....	Pag.31
3.3.3.- Efectos de la legitimación adoptiva.....	Pag.32
3.4.- Ley N° 18.703.....	Pag.33
3.4.1.- Adopción simple.....	Pag.33
3.4.2.- Adopción plena.....	Pag.36

CAPITULO 4: “La adopción en la Ley N° 19.620”

4.1.- Principios de la Ley.....	Pag.39
4.2.- Concepto y características de adopción.....	Pag.42
4.3.- Finalidad de la Ley.....	Pag.43
4.4.- Efectos de la adopción.....	Pag.44
4.5.- Descripción y características del procedimiento.....	Pag.45

CAPITULO 5: “Consideraciones Finales” Pag.49

Bibliografía.....	Pag.50
--------------------------	---------------

Introducción

La adopción, como institución jurídica, remonta su existencia al derecho romano, en donde existía la adoptio o datio in adoptionem, hoy conocida como “adopción plena”. El Código Civil chileno, sin embargo, no reguló el régimen de adopción. La exclusión de esta importante institución genera extrañeza y no pocos autores han buscado establecer cuál fue la razón que tuvo Bello para no considerarla en el Código Civil, a pesar de que el Código Napoleónico, en aquella época, sí contenía normas relativas a la adopción. Se ha hecho alusión – como motivo para excluirla – al escaso arraigo que la institución tuvo en la legislación castellana aplicada en nuestro país a comienzos del siglo XIX.

El primer cuerpo legal que reguló la adopción fue la ley número 5.343 que entró en vigencia el 6 de enero de 1934 y que estableció una adopción que no constituía estado civil. Esta ley fue sustituida por la ley número 7.613, de 21 de octubre de 1943, la que estableció la adopción mediante un contrato solemne entre adoptante y adoptado (comúnmente denominada “adopción contractual”), que debía ser autorizado por la justicia e inscribirse en el Servicio de Registro Civil y que sólo producía efecto entre las partes sin constituir estado civil, continuando el adoptado como miembro de su familia de origen. Esta normativa, al no resolver la situación de los matrimonios que no podían tener hijos, produjo que muchos optaran por inscribir derechamente un niño ajeno como hijo propio. Para resolver esta situación se dictó la ley número 16.346, de 20 de octubre de 1965, la cual, sin derogar la ley número 7.613, incorporó la legitimación adoptiva, figura cuyo objeto era

conceder al adoptado el estado civil de hijo legítimo de los legitimantes adoptivos, con todos sus derechos y obligaciones. Posteriormente, se dictó la ley número 18.703, de 10 de mayo de 1988, que derogó la ley 16.346, pero mantuvo vigente en parte la ley 7.613. La razón para que el legislador derogara la anterior normativa fue que la ley 16.346 estableció procedimientos engorrosos y extensos que en la práctica hacían imposible el acto de adopción.

La ley 18.703 contempló dos tipos de adopción: la simple y la plena. La adopción simple reguló la situación de los menores de 18 años que carecían de bienes, permitiendo a los adoptantes tener al adoptado en su hogar bajo su cuidado, con obligación de criarlo, alimentarlo y educarlo, por lo menos hasta que terminara la educación primaria o accediera a una profesión u oficio, sin conferir al adoptado el estado civil de hijo de los adoptantes.

La adopción simple vino a ser una especie de tutela que se extinguía una vez que el adoptado cumplía la mayoría de edad. En la adopción plena, en cambio, el adoptado queda sujeto a la autoridad paterna y a la patria potestad. Bajo este estatuto podían adoptar los matrimonios ciertos menores que se encontraban en las situaciones de hecho tipificadas en la ley, a saber, el adoptado debía ser huérfano de padre y madre, tener filiación desconocida, encontrarse abandonado o ser hijo de cualquiera de los adoptantes. Esta adopción se otorgaba por sentencia judicial y confería al adoptado la calidad de “hijo legítimo” del adoptante.

El procedimiento de adopción instaurado por esta ley se mantuvo vigente durante once años. Sin embargo, al poco tiempo de su publicación, se suscitaron sobre ella serias críticas debido a que dicho cuerpo legal presentaba falencias en los distintos aspectos regulados por él. Ello generó una discusión acerca de la necesidad de instaurar una nueva normativa que regulara la institución de la adopción en nuestro país, adecuándola a las nuevas necesidades y a los estándares internacionales.

Luego de 6 años de trabajo parlamentario, el 25 de junio de 1999 fue promulgada la ley 19.620, siendo publicada en el Diario Oficial el 5 de agosto del mismo año.

La ley 19.620 consideró a la adopción como una medida de protección para menores carentes de una familia de origen, implementando una serie de novedades respecto a la legislación anterior y subsanando sus deficiencias.

Además, la nueva normativa condujo a una mayor agilidad y una menor burocracia en el proceso de adopción y reconoció el sentido técnico y humano de esta institución, mediante un sistema que descansa sobre el principio de igualdad y el rol subsidiario de la adopción.

En definitiva, inspiraron a la ley 19.620 razones de protección y defensa de los derechos de los menores a permanecer con su familia biológica y, a falta de ésta, a tener el derecho de ser adoptados por una familia sustituta, confiriéndose prioridad a los matrimonios chilenos, evitando, de este modo, la incertidumbre de la vida futura en un país extranjero y previniendo la perpetración de conductas dolosas en esta materia.

Sin perjuicio de los fundamentos del procedimiento y reconociéndose ampliamente por los distintos sectores involucrados en el proceso de adopción que la nueva ley demostró ser un avance y la solución a muchos problemas pretéritos, debe reconocerse que las incidencias del procedimiento pueden producir consecuencias negativas para el menor al persistir debilidades, vacíos y deficiencias en el sistema.

Desde la entrada en vigencia de la ley 19.620, es necesario efectuar una investigación a la actual normativa; adecuar y perfeccionar el texto legal a los nuevos desafíos que impone el interés superior del niño y la protección de la infancia desvalida, actualizar la legislación; e incorporar los lineamientos que permitan contar con un procedimiento de adopción acorde a los nuevos desafíos en materia de infancia, dentro de un marco de avanzada y en función del bienestar de todos aquellos en situación de adopción.

En Chile existe una gran cantidad de lactantes y niños abandonados en centros residenciales, cuyos padres, por diversas razones, los entregan a estas instituciones.

El problema social obedece a razones de la más diversa índole, tales como embarazos no deseados, dificultades familiares, pobreza, alcoholismo, drogadicción, enfermedades, etc.

La mayoría de los menores abandonados proviene de familias monoparentales o de relaciones de parejas inestables, con dinámicas internas conflictivas y/o con padres biológicos que poseen un bajo nivel de escolaridad, acompañado de periodos de cesantía, lo que les obliga a ceder a sus hijos al cuidado de instituciones públicas o privadas. Ante esta realidad, la adopción aparece como una medida de protección del menor la que se constituye cuando se han agotado todas las posibilidades para que un niño pueda reintegrarse o permanecer bajo el cuidado personal de sus padres biológicos.

El mayor objetivo de este trabajo es servir de material de apoyo y consulta para todo aquel que lo necesite , por lo que nos dedicamos estrictamente a lo que a derecho se refiere.

CAPITULO 1:

“Evolución de la adopción”

1.1 Origen de la adopción

La adopción es una de aquellas instituciones que más cambios ha experimentado en la historia para obtener un mismo fin, es decir, el ingreso de un extraño a una familia que no le pertenece y que le acoge.

Al respecto el profesor Gatti expresa: “ El parentesco que se quiere encontrar con la adopción del derecho romano o con el proyecto de Berlier, no presenta mas que la exteriorización del afán de los juristas y sociólogos del querer encontrar en las instituciones antiguas el modelo de las instituciones presentes. Ni el legislador Frances de 1939, ni el legislador uruguayo en 1945, ha tenido en cuenta para nada la legislación justiniana ni los proyectos revolucionarios , sino pura y simplemente el deseo de proteger a la infancia desamparada”¹

1.1.1 La Adopción en Grecia:

Grecia está conformada por ciudades independientes , estados autónomos .De estos estados llama la atención por su preponderancia política, económica, social y jurídica :Esparta y Atenas.

¹ GATTI, Hugo E., *Estudios sobre derecho de familia*, centro de estudiantes de derecho de Montevideo ,1964, pagina 249.

A) Esparta:

La falta de algún documento o algún texto expreso que confirme o deniegue la existencia de la adopción como institución jurídica, ha provocado entre los tratadistas una diferencia de opiniones con respecto a la existencia o no de esta institución. Es importante recordar que en Esparta todo niño al nacer debía ser revisado por una comisión con el fin de verificar si tenía una óptima fisionomía. Si el menor padecía de algún tipo de enfermedad, malformación o debilidad debía ser arrojado al río Taigeto.

Si la comisión consideraba al menor fuerte y sano era entregado a sus padres para su crianza hasta los 7 años de edad, cumpliendo esta edad el estado se hacía cargo de Él, entregándole educación y entrenamiento militar, finalmente ingresando al ejercito a los 20 años.

Tomando en cuenta lo anterior no es probable la existencia de la adopción en Esparta.

B- ATENAS:

La estructura política- social en Atenas era completamente opuesta a la que analizamos en Esparta, dado que en Atenas imperaba la democracia y para todos la familia era de especial importancia.

Podemos deducir que en Atenas efectivamente existía la institución jurídica de la adopción, la cual llevo a un alto grado de perfeccionamiento.

Algunas de las características fundamentales de la adopción ateniense eran:

- a- La adopción era patrimonio exclusivo de los ciudadanos.
- b- Se permitía adoptar a los ciudadanos solteros.
- c- La adopción era revocable, a tal punto que la ingratitude del adoptado podía ser considerada como causal suficiente para revocación de esta.

d- Era un acto esencialmente formal, debido que para su realización era necesaria la participación de un magistrado.

e- Al igual que en el derecho romano, era posible adoptar testamentariamente como acto de última voluntad.

En Atenas podemos encontrar 2 clases de adopción:

1- Aquella entre vivos cuyas solemnidades eran las siguientes:

- Consentimiento del adoptante o de su representante legal.

- Realización de ciertos actos simbólicos que mostraban la protección que el adoptante confería al adoptado.

- La inscripción del acto en el llamado Registro de la Patria.

2- La segunda clase de adopción era la Testamentaria, esta comenzaba a producir sus efectos después de la muerte del adoptante. La adopción tenía el efecto de sustraer al adoptado de su familia natural, conservando el vínculo solo con su madre biológica.

1.1.2 ROMA

El pueblo romano le dio gran importancia a la existencia jurídica de la adopción, ya que esta nace como una forma de incorporar a un varón púber bajo la patria potestad de un paterfamilias.

La adopción tuvo un gran desarrollo en Roma. Esta se desarrollo con dos objetivos , por un lado con lo que dice relación en el ámbito político y además religioso. Es necesario señalar que en el derecho romano se conoció un tipo de adopción llamado “alumnato”, la que trataba de recoger a una persona que haya sido abandonada por sus padres con el objetivo de criarla, cuidarla y educarla, y en definitiva darle una calidad de vida acorde a los estándares de la sociedad.

Ahondaremos más en profundidad la adopción como institución jurídica en el derecho romano en el siguiente capítulo.

1.1.3 La Adopción en el derecho germánico.

A diferencia del derecho romano en el derecho germánico, la adopción no tenía fines religiosos ni políticos, sino que guerreros. En el derecho germánico se hablaba de un negocio patrimonial, cuyo objetivo era otorgar derechos hereditarios entre el adoptante y el adoptado , en otras palabras era una especie de recibimiento de un extraño.

En el derecho germánico se distinguen tres periodos: época primitiva, época bajo la influencia en el derecho romano y la época posterior a la dictación del código de Prusia.

a- Época primitiva: en esta época la adopción tenía por finalidad perpetuar al jefe de la familia las guerras que este emprendiese. Simbólicamentehablando se consolidaba el momento que el adoptado era abrazado por el adoptante, estando desnudo y este le entregaba las vestimentas y las armas para la guerra.

En lo que respecta a los efectos de la adopción en la época primitiva: el adoptado tomaba las armas el nombre y el poder público del adoptante pero no se generaban lazos de parentesco entre ellos, es mas ni se otorgaban a los adoptados derechos sucesorios.

Es importante señalar que el adoptante podía realizar donaciones a favor del adoptado e instituirlo heredero por testamento.

b- Época bajo la influencia del derecho romano: Las distintas normas que se dictaron en Roma sirvieron como antecedentes necesarios para la dictación del código de Prusia de 1794.

El código de Prusia señala respecto a la adopción lo siguiente:

- 1- La adopción debe ser formal, se perfecciona mediante un contrato.
- 2- El adoptante debía tener más de 50 años de edad , no tener descendencia legítima , y además, no encontrarse obligado al celibato
- 3- El adoptado debía ser menor que el adoptante.
- 4- La mujer puede adoptar, y en caso de ser casada debía contar con la autorización de su marido.
- 5- Por último se requería el consentimiento del adoptado si era mayor de 14 años y del padre o tutor.

En relación a los efectos, el adoptado agregaba a su nombre el del adoptante sin que este tuviese ningún derecho sobre los bienes del adoptado pero si existían entre unos y otros igual derechos y obligaciones como los que había entre padre e hijo legítimos.

Por la adopción no se extinguía los lazos de parentesco entre el adoptado y su familia biológica.

C- Época posterior a la dictación del código de Prusia: El código de Prusia, es un código que se dictó de manera subsidiaria en las otras provincias del imperio prusiano por cuanto todavía se aplicaba el código Justiniano.

CAPITULO 2:

“La Adopción en el Derecho Romano”.

El pueblo romano le dio un mayor énfasis a la institución jurídica de la adopción en comparación a culturas anteriores. Es mas en Roma la frecuencia con la que se recurría a la adopción fue mayor que la registrada en los tiempos modernos esto se debió a dos factores:

a) El carácter eminentemente exclusivo y limitado a que se reducía el parentesco civil con respecto al surgimiento de los vínculos de sangre. No todos los parientes por línea paterna y materna participaban en calidad de agnados quedando excluidos muchos de los familiares de los derechos de la familia, esta situación provocaba de que los pater familias crearan a los parientes civiles, apoyándose en la ficción legal de la adopción.

Recordemos que en este derecho tenían la calidad agnados aquellas personas que eran de una misma familia por descender en línea recta.

b) Al igual que todos los pueblos antiguos el romano fue eminentemente religioso teniendo el culto al hogar una gran significación. Cada familia debía rendir un homenaje a sus antepasados o parientes difuntos. El ministro de culto sacerdote era el jefe de paterfamilias , era este el que tenía a su cargo la celebración de las ceremonias las cuales eran ritos secretos transmitidos de manera oral a sus descendientes varones , de tal modo que la extinción de la familia traía como consecuencia el fin del ciclo , situación que para los romanos puede acarrear grandes desgracias. El medio empleado para evitar la extinción de estos ritos fue la adopción.

Aparte de estos 2 factores es importante señalar que en esta misma época la adopción significo un medio para transmitir poderes políticos como es el caso de la adopción de Octavio por Cesar.

Desde otra perspectiva la adopción en Roma fue empleada como un medio para cambiar la calidad de patricio por un plebeyo. Para esto bastaba de que el interesado se dejara adoptar por una familia que perteneciera al estrato social que deseaba adquirir. Este cambio de estrato social era de gran interés ya que la ley romana preservaba determinado cargos públicos para cada una de esta calidades. Por último otro elemento objetivo de la adopción

fue el de índole económico , en este ámbito la adopción representaba el medio más rápido a falta de descendencia para instituir un heredero único y así evitar la dispersión del patrimonio familiar.

2.1 Clasificación:

En el derecho romano se conocieron dos tipos de adopción: Arrogatio o Adrogación y la Datio in adoptionem o adopción propiamente tal. En la primera de ellas el adoptado poseía la calidad de sui iuris (sujeto no sometido a potestad), y en la segunda, de alieni iuris (individuo sometido a la potestad de otra persona). La adrogación era un acto solemne en la cual el jefe de una familia en vías de extinción a causa de la ausencia de hijos, atribuía tal calidad a un ciudadano sui iuris, quien a su vez debiera ser jefe de otra familia.

La adopción propiamente tal era el acto en virtud del cual una persona alieni iuris , previamente emancipada de la patria potestad , a cuyo sometimiento se encontraba en su familia de origen, ingresaba a la familia del adoptante , quedando bajo la patria potestad de este.

Ambos métodos de adopción se diferenciaban por el grado de solemnidad requerida para su constitución, los requisitos exigidos y los efectos jurídicos que acarreaban.

2.1.1 Adrogación:

En Roma se conocieron 3 formas de adrogación, la pública, la contractual y la testamentaria.

A) Adrogación Pública: para la constitución de esta forma de adrogación debían cumplirse 2 requisitos esenciales :

a.1) Decreto del pontífice, es una investigación que se realizaba con el objetivo de determinar la existencia de posible impedimentos de orden civil y religiosos. Uno de los

efectos más importantes de este decreto, es la exclusión del futuro adrogado del culto de la familia a la que en principio pertenecía pasando al de la adrogante.

a.2) En segundo lugar era exigido el voto del pueblo el que se reunía en asamblea de curias. La asamblea era presidida por un magistrado que una vez leído el decreto pontifical interrogaba al adrogante y al adrogado, y una vez manifestada la voluntad de ambos procedía a ordenar la votación de la asamblea a fin de conocer su opinión.

Este sistema fue cambiando con el correr de los años y perfeccionándose, de manera que en la época de Cicerón se eliminó el voto popular, y la asamblea, como una especie de audiencia, paso a cumplir la misión de darle publicidad a la adrogación. Posteriormente en tiempos de Gallo basto para su constitución un recripto del príncipe.

B) Adrogación contractual: esta forma de adrogatio se realizaba generalmente en las apartadas provincias romanas ya que debido a su lejanía geográfica tenían grandes dificultades para utilizar el procedimiento de adrogación pública, razón por el cual estas provincias recurrieron para constituir la adrogación, como un contrato. En este tipo de adrogación se estipulaban derechos y obligaciones recíprocas entre el adrogante y el adrogado como por ejemplo del primero de ellos debía dispensar al segundo el trato dado a un hijo natural confiriéndole los derechos que otorgaba tal calidad.

Cabe destacar que en esta forma de adrogación no se entregaba al adrogante, la patria potestad o la potestad paterna del adrogado siendo necesario, si este efecto era deseado, incluir al respecto una cláusula especial en el contrato.

C) Adrogación testamentaria: este tipo de adrogación fue utilizada por los romanos en ciertas situaciones, tales como:

c.1) Cuando la adrogación pública no había sido admitida ya que existía la posibilidad de que el adrogante pudiese tener hijos de su propia sangre.

c.2) En el caso que el adrogado no quisiera perder su calidad de sui iuris, la cual le significaba una capitidiminutio. Esta situación era posible, pues al realizarse la adrogación pública o por contrato en vida del adrogante, el adrogado adquiriría la calidad de alieni iuris, fuera cual fuera la razón por la que se utilizara esta forma de adrogación.

Tal como vimos al tratar la adopción en Atenas, la voluntad de adrogar, expresada testamentariamente, se entendía revocada si con posterioridad a la otorgación del testamento el adrogante tenía un hijo de su sangre.

2.1.2 Adopción propiamente tal:

A diferencia de la adrogación, la datio in adoptionem constituyó en el pueblo romano un acto de carácter privado, cuyas formalidades tenían como objeto principal introducir al adoptado en la familia del adoptante para cual era necesario que previamente el padre real del adoptado perdiera la patria potestad que ejercía sobre este.

Para constituir este tipo de adopción los romanos utilizaron procedimientos distintos: la mancipatio, el contrato y el testamento.

a) Mancipatio: Esta forma de efectuar la adopción propiamente tal debía constituirse ante el magistrado y consta de 2 fases esenciales:

1) En su primera fase el adoptado era liberado por su representante legal de la potestad a que estaba sometido lo cual se realizaba mediante una triple venta, en virtud de un acuerdo previamente establecido. Esta triple venta solo era necesaria en relación a los hijos varones pues tratándose de mujeres sometidas a la patria potestad el procedimiento se abrevia, bastando para que se produjera emancipación una sola venta.

2) Emancipado el adoptado de esta forma comienza la segunda fase, la cual el adoptante mediante una cesión legal reivindicaba al adoptado, como si la patria potestad sobre él le hubiera pertenecido con anterioridad. Si no se presentaba oposición el juez le concedía la patria potestad.

En resumen, después de la tercera venta el hijo varón queda emancipado de su padre abriéndose un proceso ficticio , en el cual el adoptante reivindica al adoptado en calidad de hijo. El padre natural en el rol de defensor se allana a la demanda y el magistrado hace lugar a la demanda terminando así todo el procedimiento.

Este sistema de la constitución de la adopción propiamente tal sufrió muchas modificaciones con la intervención de Justiniano, siendo suficiente formalidad una manifestación de voluntad favorable a la adopción realizada por el pater familias en audiencia con el magistrado, dejando constancia en un acta que debe ser registrada.

b) Contractual: en relación a este segundo sistema podemos señalar que fue aplicado en las lejanas provincias romanas las cuales debido a las mismas circunstancias analizadas al tratar al adrogación accedían a la adopción propiamente tal por medio de un contrato. Al igual que en la adrogación esta modalidad no concebía de por si la patria potestad del adoptado al adoptante , sin embargo cabe destacar que por intervención de Justiniano esta clausula llevo a legalizarse siendo necesario, para que surtiera efecto la audiencia confirmatoria del magistrado.

c) Testamentaria: A fin de evitar repeticiones queremos señalar que es muy similar a la adrogación testamentaria de la cual ya nos referimos.

2.1.3 La adopción en el derecho Justiniano

Concluyendo con el tema de la adopción propiamente tal,es necesario señalar que en la época de Justiniano se admitió una subdivisión basada en el parentesco existente entre el adoptante y el adoptado. La importancia de esta sub clasificación radico en los efectos que habían de producir una y otra forma de adopción.

A) Formas: la adrogación se verifica por rescriptum principis y la adopción por comparecencia ante el magistrado , sin que proceda la triple venta que antiguamente servía para liberar al hijo de la patria potestad a que antes estaba sometido.

B) Requisitos: Aparecen inspirados en la máxima: *adoptionaturamimitatur*. Se busca una cierta semejanza con la paternidad natural más que con la antigua jefatura política, siquiera no haya desaparecido todos los vestigios de la primitiva concepción.

El adoptante debe tener por lo menos 18 años más que el adoptado, no puede adoptar los castrados ni volverse por segunda vez y por la misma persona, a quien , adoptado primeramente , fue luego emancipado y dado en adopción a otro , junto al consentimiento de los padres ,es requerido ahora el del adoptado.

En la adrogación, cuyas consecuencias de orden patrimonial eran más importantes se establecieron medidas (algunas de las cuales provienen de decisiones imperiales de la época clásica), tendientes a proteger tanto al adrogado como a los presuntos herederos del adrogante.

No se permite en general adrogar:

- A quien no haya cumplido 60 años , salvo que su estado de salud induzca a creer que ya no tendrá hijos o si el adrogado es pariente , o se da otro motivo justificado.
- A quien ya tenga hijos
- A un pobre respecto a un rico, salvo especiales circunstancias de honorabilidad.
- A los tutores respecto a sus pupilos.
- Al padre natural respecto a los hijos habidos de Cuncubina.

Aparecen además fuentes que revelan que se tomaban en consideración circunstancias de moralidad, condición de familia y otras análogas, apreciadas con cierta elasticidad por las autoridades.

C) Efectos: Teórica y directamente los de la adrogación no fueron modificados pero en práctica e indirectamente resultaban bien distintos de los *adrogatioantigua* , por el cambio que como veremos se opero en los efectos de la patria potestad sobre los bienes de los hijos , por la cual los bienes que tuviere el adrogado quedaban constituyendo un peculio de algunas de las clases diversas conocidas.

En cuanto a la adoptio Justiniano distingue 2 tipos:

a) Adoptio plena: Ella tenía lugar cuando el adoptante era ascendiente por consanguinidad del adoptado, alguna parte de la doctrina señala que esta solo es factible en 2 casos:

I) Cuando el padre otorgaba la adopción de su hijo a su propio padre , es decir cuando el adoptante poseía la calidad de abuelo del adoptado.

II) Cuando la adopción era otorgada al padre natural del adoptado que le había emancipado.

La adoptio plena conllevaba como principal efecto para el adoptado, que dejaba de ser agnado de su familia natural y pasaba a serlo de la familia adoptiva sujetándole a la patria potestad del adoptante. Con todo, sus bienes no ingresaban al patrimonio de este en forma absoluta sino que pasaban a formar parte de algunos de los peculios entonces conocidos.

b) Adoptiominus plena: Justiniano determino que en esta especie de adopción la patria potestad del adoptado continuaría en poder de su padre natural sin adquirirla entonces el padre adoptivo quien tampoco podría disfrutar los derechos de uso y goce sobre los bienes del adoptado. En síntesis el adoptado no dejaba de ser parte de su familia natural.

2.2 Principios Fundamentales:

Antes de analizar los requisitos exigidos en Roma al adoptante y al adoptado , es necesario ilustrar el principio que los informa. Hemos dicho que en el derecho Justiniano , la adopción experimenta importantes reformas. Estas fueron necesaria a consecuencia del debilitamiento del concepto agnaticio de familia y del consiguiente fortalecimiento de la familia natural , formada sobre la base de los vínculos de sangre.

Por lo señalado en esta época, la adopción descansa en un principio básico: *Adoptio natura imitatur. Adoptio in his personis locum habet, in quibus etiam natura patet habere.*² (La adopción imita a la naturaleza . La adopción tiene lugar en aquellas personas a quienes la naturaleza ha dado la capacidad de tener hijos).

2.2.1 Requisitos:

En este punto trataremos en conjunto las exigencias requeridas a los sujetos, en relación a la constitución de la adrogación y de la adopción propiamente tal , ya que ellas, salvo pequeñas diferencias fueron muy similares.

a) La adrogación requería para su constitución el consentimiento del adrogante y del adrogado ,debiendo este ultimo expresarse de manera nítida y clara. Tratándose de la *datio in adoptionem*, debían concurrir la voluntad del adoptante y del representante legal del adoptado , con menos rigurosidad , era suficiente que no se manifestase voluntad en contrario.

b) Al igual que en Atenas tanto el adoptante como el adoptado debían ser ciudadanos romanos.

c) El adoptante no debía tener descendencia legítima, natural ni adoptiva, ni posibilidades de tenerla ,salvo algunas excepciones fundadas en justa causa. De esta forma hace posible que aquel que tenga hijos sea favorecido con la adopción, pues ella ha sido creada precisamente para darlos a quienes la naturaleza se ha negado.

² DIGESTO, Libro I, título VII, ley 16.

- d) Solo las personas sui iuris se encontraran en condiciones de ser adoptantes, pues estos debían ejercer la patria potestad del adoptado. Sin embargo se permitió en contados casos, por gracia especial del príncipe que las mujeres adoptaran un hijo, a efecto de concederle el derecho de sucesión sobre sus bienes, no obstante su incapacidad para ejercer , la patria potestad del adoptado.
- e) El adoptante debía ser capaz de engendrar hijos. Este requisito fue exigido basándose en el principio al que aludimos anteriormente: adoptio natura imitator. De esta manera, se estableció que los castrados no podían intervenir en calidad de adoptantes. Recordemos aquí también que la impotencia no era considerada impedimento.
- f) No les será posible a los tutores y guardadores adoptar a sus pupilos mientras estos no hubieran sobrepasado los 25 años de edad, no importando el hecho de haber renunciado a su representación con anterioridad. Norma similar existe en nuestro derecho y en la mayoría de nuestras legislaciones pues esta prohibición obedece a una razón de índole moral, ya que el tutor o guardador podría desnaturalizar la finalidad de la institución jurídica de la adopción, recurriendo a ella como una forma de evitar la obligación de rendir las cuentas de su gestión.
- g) Otro requisito basado en el principio de imitación de naturaleza, que también contempla la mayoría de las legislaciones modernas, fue aquel que exigía que el adoptante fuera mayor que el adoptado, en un intervalo de tiempo equivalente a una plena pubertad. Esta diferencia de edad fue fijada por Justiniano en 18 años si se adoptaba en calidad de hijos y en 36 , si se adoptaba en calidad de nietos.

- h) Justiniano estableció otro requisito relacionado con la edad , haciendo necesario que , tratándose de la adrogación , el adrogante hubiese cumplido los 60 años , no pudiendo adrogar los menores de edad.

- i) Por último en el derecho antiguo el adoptado debía ser varón y púber. Solo con el posterior desaparecimiento de las curias , la adopción se hizo extensiva a las mujeres y a los impúberes.

2.2.2 Efectos y Revocabilidad

- a) Efectos: En general la adopción producía una *capitisdiminutiominima* en el adoptado. Por consiguiente, este con toda su familia y sus bienes, si los tenía, quedaba sometido a la potestad del adoptante. El adoptado variaba de nombre, culto doméstico, derechos sucesorios, etc., dejando su familia de origen e ingresando a la familia del adoptante.

Tanto la adopción como la adrogación conllevan para el adoptante o padre adoptivo, el poder paterno. La severidad de este efecto fue absoluta hasta la época de Justiniano, en la que disminuyó notablemente en relación a la adopción propiamente tal que subdividió en plena y minus plena, conservando en esta última el padre natural su poder paterno sobre el adoptado.

b) Revocabilidad: Respecto de la revocabilidad de la adopción opinamos que si esta institución tiende a dar hijos a quienes la naturaleza se los ha negado y si ella imita a la naturaleza como indica Justiniano , es de toda lógica afirmar que al realizarse la adopción , esta sea ajena a cualquier límite de tiempo. No obstante lo expuesto, el adrogado , una vez que había llegado a la pubertad , pudiera ser emancipado con la intervención de un magistrado o por el adoptante , pudiendo ser adoptado nuevamente por otra persona.

CAPITULO 3: Evolución de la adopción en nuestra legislación.

En nuestro país con anterioridad a la dictación de la ley numero 19.620, la cual entro en vigencia con fecha 3 de agosto 2007 , existían cuatro leyes relacionadas con la adopción: la ley 5.343, ley 7.613, ley 16.346 y la ley 18.703.

3.1 Ley 5.343

Esta ley tuvo su origen en un movimiento a favor de la infancia desamparada, esta es la primera legislación nacional sobre la adopción. En su artículo 1 definía la adopción como: “ Un acto jurídico destinado a crear , entre adoptante y adoptado , los derechos y obligaciones que establece la presente ley” . Se agregaba que la adopción solo era procedente cuando resultaba ventajoso para el adoptado, y estableció explícitamente que no constituía estado civil.

Requisitos de fondo de esta ley:

- a) El adoptante debía ser una persona mayor de 40 años y menor de 70, con la libre disposición de sus bienes.
- b) La incapacidad de la mujer casada bajo régimen de sociedad conyugal no se consideraba para los efectos de la adopción, si adoptaba en conjunto con su marido.
- c) El o los adoptado debían carecer de descendencia legitima y no estar afectado por la prohibición que establecía la misma ley.
- d) Entre adoptante y adoptado debe existir una diferencia mínima de edad de 15 años.

Efectos de la adopción:

- La adopción creaba vínculo solo entre el adoptante y el adoptado, el adoptado y sus descendientes pueden tomar el apellido del adoptante.
- El adoptado no perdía su vinculación con su familia de origen , pero la patria potestad no pasaba al adoptante.
- En lo respecta al derecho sucesorio había que distinguir:

a) Sucesión intestada del adoptante con descendencia legítima: el adoptado lleva una porción igual a la mitad de que le correspondía a dichos descendientes, con cargo a la parte de libre disposición.

b) Sucesión intestada del adoptante sin descendencia legítima: el adoptado concurría a la sucesión con derechos equivalentes al del hijo natural.

3.2 Ley número 7.603 del 21 de octubre de 1943

A diferencia del modelo Francés nuestro legislador no reglamento la adopción dentro del código civil , por lo que ella fue introducida en nuestro derecho por la ley 5.543 (mencionada anteriormente) , la que posteriormente fue remplazada para suplir sus vacios por la ley 7.603 , denominada “ ley de adopción”, calificada como filiación adoptiva , ordinaria y simple.³

3.2.1 Concepto y características de la ley 7.613

A) Concepto

En el artículo primero de la ley 7.613 define la adopción como “ Un acto jurídico destinado a crear entre el adoptante y el adoptado los derechos y obligaciones que establece la presente ley”. Como es posible apreciar en esta definición no se proporciona un mínimo concepto de la adopción clásica.

Planiol define el concepto de adopción como “ Un contrato solemne sometido a la aprobación de la justicia que crea entre 2 personas relaciones análogas a las que resultarían de la filiación legitima” .

³ MEZA BARROS, Ramón ,*Manual de derecho de familia, tomo II*, Editorial jurídica de Chile , Santiago, 1979, segunda edición, pagina 615.

A las nociones dadas nos permitiremos agregar 2 elementos que indica la ley en su artículo primero: la adopción clásica no constituye estado civil, circunstancia que la diferencia claramente de la adopción plena, y la aprobación judicial del contrato a celebrarse solo procederá cuando este “ofrezca ventajas para el adoptado”, constituyendo este un elemento esencial en la adopción como institución.

B) Características:

- Es un contrato.
- Es un contrato familiar.
- Es un contrato solemne.
- Requiere de autorización judicial.
- Es un contrato de adhesión.
- Es un contrato puro y simple.
- No constituye estado civil.
- Debe ser ventajosa para el adoptado.

3.2.2 Requisitos

A) Requisitos exigidos al adoptante:

- 1) Solo las personas naturales pueden tener la calidad de adoptantes
- 2) El adoptante debe ser plenamente capaz
- 3) El adoptante debe tener más de 40 años de edad y menos de 70.
- 4) Debe carecer de descendencia legítima al momento de la adopción.
- 5) Debe existir una diferencia mínima de 15 años de edad con el adoptado.

6) El adoptante casado, no divorciado perpetua o temporalmente, no puede adoptar sin el consentimiento de su cónyuge respectivo.

7) El adoptante debe ser una sola persona teniéndose como excepción la adopción por ambos cónyuges, es decir la ley prohíbe las adopciones simultáneas o múltiples.

8) El artículo 3 establece que “El guardador no podrá adoptar a su pupilo mientras no haya sido aprobada definitivamente la cuenta de su administración”

B) Requisitos exigidos al adoptado:

1) No puede ser adoptado quien tenga esta calidad en relación a otra persona.

2) El adoptado debe ser 15 años menor que el adoptante.

3.2.3 Efectos de la ley 7.613

- La adopción clásica no constituye estado civil, el adoptado continua formando parte de su familia de origen , conservando en ella sus derechos y obligaciones.

- La adopción solo produce efectos entre el adoptante y el adoptado, y no entre este y la familia del adoptante.

- La adopción es causal de emancipación legal, por lo que el adoptado es emancipado respecto de sus padres legítimos.

- Es al adoptante a quien el legislador otorga los derechos conferidos por la patria potestad y autoridad paterna del adoptado mientras subsista la adopción. Sin embargo pese a otorgar al adoptante la patria potestad del adoptado, el legislador , siempre previendo el cumplimiento de los fines de la institución , no confiere al adoptante el derecho de usufructo sobre los bienes del adoptado ni remuneración alguna por su administración.

- El adoptado por sí o por medio de sus representantes puede tomar el o los apellidos del o de los adoptantes, manifestando así en la escritura pública de la adopción.

- Los críos que el adoptado posea en contra del adoptante , en virtud de la administración de sus bienes gozaran de preferencia para su pago.
- El adoptante y el adoptado se deberán alimentos recíprocos, salvo que el adoptado sea menor de edad , puede ser en ese caso no estar obligado a este respecto para uno de los adoptantes.
- Se generan impedimentos matrimoniales.
- El legislador reglamenta los efectos que se producirán entre el adoptante y el adoptado en relación a las guardas

3.2.3 **Expiración de la adopción clásica**

En el artículo 32 de la ley 7.613, la ley se encarga de enumerar las causales por las cuales expira la adopción:

- La voluntad unilateral del adoptado “ Manifestada en escritura publica dentro del año siguiente a la cesación de su incapacidad”
- El mutuo disenso, la ley se pone en el caso de que los vínculos efectivos que persigue la adopción no lleguen a crearse a bien que su finalidad se haya cumplido. Para este evento el adoptante y el adoptado pueden por escritura pública poner fin al contrato.
- La emancipación judicial del adoptado, ni la emancipación voluntaria ni la legal hacen expirar la adopción , debe tratarse de aquella decretada por el juez a consecuencia de graves hechos que inhabiliten al adoptante para ejercer la patria potestad del adoptado.
- La ingratitud del adoptado, la ley dispone en su artículo 32 que la adopción expira “ por sentencia judicial que declare la ingratitud del adoptado para con el adoptante”, es importante señalar que la ley no define el concepto de ingratitud para estos efectos.

3.3 Ley numero 16.346

Esta ley fue publicada en el Diario Oficial el 20 de octubre de 1965, introdujo en nuestro país la institución de la “legitimación adoptiva”. Esta institución permite resolver un sinnúmero de problemas de la vida real, que de otro modo no tendrían solución jurídica, la imposibilidad de identificar al adoptado con la propia familia retrae a numerosos matrimonios de tomar a su cargo a un menor, con evidente perjuicio no solo para este, sino también para la sociedad misma, que mas tarde puede verse enfrentada a un elemento convertido en inadaptado social.

En nuestro país, ella tuvo su origen en una moción presentada al senado con fecha 25 de junio 1963 por el senador Don Humberto Alvarez Suarez que expreso lo siguiente:

“En efecto, la imposibilidad de identificar al adoptado con la propia familia retrae a numerosos matrimonios de tomar a su cargo a un menor, con evidente perjuicio no solo para este , sino también para la sociedad misma, que , mas tarde, puede verse enfrentada a un elemento convertido en inadaptado social, al no habersele allanado el camino para que disfrutase de un medio familiar normal. Por otra parte , son muchos casos que el vehemente deseo de tener hijo conduce a la comisión de delitos contra el estado civil y es asi , con frecuencia, posibles adoptante inscriben como hijo legitimos a quienes no los son , en vista de las limitaciones de que adolece la legitimación corriente”⁴

Esta nueva iniciativa tuvo en vista que junto con la adopción clásica, la nueva institución de la legitimación adoptiva podría entrar a remediar la situación de desamparo en que se encuentran muchos menores en nuestro país. Por tanto el proyecto de ley no entraba a modificar ni derogar las disposiciones de la adopción clásica, pues se trata de instituciones diferentes que pueden coexistir en perfecta armonía.

En efecto, la ley 16.346 tuvo una gran aceptación en nuestro país, donde el delito de inscribir como propio un hijo ajeno, era muy común, y hacia necesaria la creación de una vía legal que permitiese , a aquellos matrimonios sin hijos o que deseaban solidariamente incorporar en su familia a uno más, acceder a una institución jurídica en virtud de la cual

⁴ REPUBLICA DE CHILE. Diario de sesiones del senado, legislatura ordinaria, mayo a septiembre de 1963, tomo 23, sesión 9, de 25 de junio de 1963.

podiesen acoger a un menor desamparado como parte de su hogar, presentándolo socialmente como hijo legítimo.

3.3.1 Concepto y Características de la ley 16.346

El artículo 1º de la ley N° 16.346 no nos da un concepto de la legitimación adoptiva, pues se limita a señalar su finalidad, al indicar que “tiene por objeto conceder el estado civil de hijo legítimo de los legitimantes adoptivos con sus derechos y obligaciones, en los casos y con los requisitos que se establecen en esta ley”.

Al respecto, Jean Carbonnier expresa: “la idea general de la legitimación adoptiva es la siguiente: en virtud de una resolución judicial, se atribuye a un matrimonio un hijo que les era extraño y que ingresa a la familia como si hubiese sido procreado por ellos”⁵

Meza Barros nos da otro concepto como “un acto judicial por el cual se confiere a una persona extraña la calidad de hijo legítimo de los adoptantes, desligándole de todo vínculo con la familia de origen.

A los conceptos dados permitiremos agregar algunos elementos : es una institución de orden público , una ficción legal, cuyas tramitaciones, tanto judiciales como administrativas, son “absolutamente secretas” y que procede siempre y cuando ella ofrezca ventajas para el menor adoptado.

b) Características de legitimación adoptiva:

- Es una institución de orden público.
- Es una ficción legal.
- Constituye estado civil.
- Se constituye por sentencia judicial.
- Su tramitación es absolutamente secreta.
- Debe reportar ventajas al legitimado adoptivamente.
- Irrevocabilidad.

⁵ CARBONNIER, Jean *Derecho Civil*; tomo I, Situaciones Familiares y Cuasifamiliares, vol II, ed. Bosch y Cia., Barcelona, 1961, pagina 370.

3.3.2 Requisitos exigidos a los legitimantes adoptivos

a) Solo podrán legitimar adoptivamente los cónyuges con cinco o más años de matrimonio.

b) Los legitimantes adoptivos deben tener no menos de 30 y no más de 70 años.

c) Deben tener por lo menos 20 años más que el menor al que legitimaran adoptivamente.

d) Podrá legitimar adoptivamente a uno o dos más según el caso.

e) Que el matrimonio hubiese tenido al menor que acogerá como hijo, bajo su tuición o cuidado personal por un término no inferior a 2 años, sin embargo si la legitimación adoptiva es concedida a favor de un menor cuya edad supera los siete años, la tuición o cuidado personal no podrá ser inferior a cuatro años.

Requisitos exigidos al legitimado adoptivamente

a) Solo podrán legitimarse adoptivamente los menores de dieciocho años.

b) El sujeto pasivo de la legitimación adoptiva debe estar en determinadas situaciones familiares:

- Debe tratarse de un menor abandonado.
- Huérfanos de padre y madre.
- Los que fueron hijos de padres desconocidos, en este caso la inscripción de nacimiento del menor no debe figurar ninguno de sus padres.
- También podrán serlo los internados en Instituciones Públicas o Privadas de protección de menores cuyos padres no hayan demostrado verdadero interés por ellos.

3.3.3 Efectos de la legitimación adoptiva

a) Sustancialmente, el efecto fundamental que ella produce se encuentra consagrado en el artículo 1° de la ley consistiendo este en la asimilación del legitimado adoptivamente a la calidad de hijo legítimo del matrimonio legitimante con sus mismos derechos y obligaciones. El legitimado adoptivo ingresa a la familia de los legitimantes, adquiere en ella derechos alimenticios y sucesorios, en relación a estos últimos pasa a tener la calidad de legitimario de sus padres adoptivos.

b) Caducan los vínculos de filiación que unían al menor con su familia de origen salvo dos excepciones: - Subsistirán los impedimentos para contraer matrimonio.

- Se dejan subsistentes los derechos patrimoniales que pudieran corresponder al legitimado adoptivamente en su filiación anterior.

c) La legitimación adoptiva es irrevocable. Así lo consigna el artículo 12, agregando: “con todo, el legitimado por adopción podrá siempre pedir la nulidad de la legitimación adoptiva por fraude o dolo en la constitución de esta filiación”.

3.4 Ley numero 18.703

Esta ley reglamentaba 2 clases de adopción, una de ellas era la adopción simple la cual es una institución nueva en Chile y la otra clase de adopción era la plena semejante a la legitimación adoptiva de la ley 16.346.

3.4.1 Adopción simple

Es una institución jurídica sui generis de carácter asistencial, en virtud de la cual, mediante una resolución judicial, el adoptante acoge en su hogar a un menor en determinada situación obligándose a sufragar sus gastos de alimentación, crianza y educación hasta que este alcance su mayoría de edad.

Características:

- Figura sui generis.

- Institución de orden público.

- No constituye estado civil.
- Institución de carácter asistencial.
- Constituye causal legal de suspensión de la Patria potestad.
- Es una institución sujeta a plazo, termina por la llegada de la mayoría de edad del adoptado.

Requisitos del adoptante:

- 1) Debe tratarse de personas naturales.
- 2) Mayores de edad y plenamente capaces.
- 3) Con quince años o más que el menor adoptado.
- 4) No es posible adoptar por más de una persona , salvo que los adoptantes sean cónyuges no divorciados, en cuyo caso se requerirá el consentimiento de ambos.
- 5) El adoptante deberá haber tenido la tuición previa del menor al menos durante seis meses.

Requisitos del adoptado:

- 1) Debe ser menor de dieciocho años de edad.
- 2) Estar en necesidad de asistencia y protección.
- 3) Debe carecer de bienes al momento de la adopción.
- 4) Tener quince años menos que el adoptante.
- 5) No puede tener la calidad de adoptado simple respecto a una persona distinta del futuro adoptante.
- 6) Debe haber estado bajo el cuidado personal del adoptante al menos durante seis meses en forma ininterrumpida.

Efectos de la adopción simple:

Efectos respecto del adoptante

- a) Las obligaciones del adoptante es que tiene que tener al adoptado en su hogar bajo un deber de convivencia mutua además debe proporcionarle los gastos de alimentación, crianza, y educación del adoptado, por lo menos la enseñanza básica y el aprendizaje de una profesión u oficio.
- b) Los derechos del adoptante es que tiene beneficios de salud y seguridad social además de ejercer una patria potestad sin limitaciones.

Efectos respecto del adoptado

- a) El adoptado continúa vinculado a su familia de origen, ya que la adopción simple no constituye estado civil.
- b) Suspensión de la patria potestad y termino de la guarda a que pudiere estar sometido el adoptado.
- c) El adoptado menor de edad no podrá salir del territorio nacional sin autorización expresa del juez de menores que haya otorgado la adopción.

Efectos respecto de la familia del adoptado

Acá se conservan los derechos de alimentos , derechos hereditarios, impedimentos matrimoniales, derecho de visita regulado por el juez de menores y conservación del nombre de la familia.

Expiración de la adopción simple

- 1- Mayoría de edad del adoptado.
- 2- Revocación judicial, cuando se hayan perdido las finalidades que se tuvieron en vista para otorgar la adopción y especialmente, en caso de abandono, maltrato, depravación o incapacidad física permanente del adoptante.
- 3- Sustitución por otra forma de adopción.

3.4.2 Adopción Plena

Este tipo de adopción la podemos definir como una ficción legal que asimila a un menor a la calidad de hijo legítimo de un matrimonio, siendo que en realidad no lo es, y que se encuentra sometida a un régimen jurídico particular.

Características

- Institución del derecho de familia.
- Ficción Legal.
- Constituye estado civil.
- Tiene una fuente única, es la sentencia judicial constitutiva del estado civil de hijo legítimo.
- Su tramitación tiene carácter de juicio.
- Debe reportar beneficios para el adoptado.
- Irrevocabilidad.

Requisitos exigidos a los adoptantes

- 1- Vínculo matrimonial y actuación de consuno.
- 2- Estabilidad matrimonial, deben tener cuatro años o más de matrimonio.
- 3- Los cónyuges deben ser mayores de 25 años y menores de 60 años de edad, con veinte años o más que el menor adoptado.

- 4- Tuición o cuidado del futuro adoptado en forma ininterrumpida a lo menos un año.

Requisitos exigidos al adoptado

- 1- Menor de dieciocho años.
- 2- Encontrarse en una precaria situación familiar.
- 3- Debe tener veinte años menos que su futuro adoptante.
- 4- Sus futuros adoptantes lo deben haber tenido bajo su tuición o cuidado personal por lo menos durante un año.

Efectos de la adopción plena

- 1- Entre adoptantes y adoptados daba lugar a todos los derechos y obligaciones recíprocos que existen entre padres e hijos legítimos, por el hecho de crear el estado civil de hijo legítimo del adoptado respecto de los adoptantes.
- 2- Caducan los vínculos de la filiación de origen del adoptado.
- 3- Los efectos de la adopción entre adoptantes y adoptado y respecto de terceros se producirán desde la fecha en que se practique la inscripción ordenada en la sentencia que dé lugar a ella.
- 4- Es irrevocable.

Nulidad de la adopción Plena

- a) El único titular de la acción de nulidad es el adoptado.
- b) El único vicio por el cual se podía demandar la nulidad era haber obtenido la adopción en forma fraudulenta, hecho que deberá probar quien alega el vicio.
- c) La acción de nulidad es imprescriptible, puesto que la norma señalaba que el adoptado “podrá siempre pedir”.

Capítulo 4:

La adopción en la ley 19.620

4.1 Principios de la ley 19.620

Interés superior del niño

El interés superior del niño forma parte del derecho de familia. La ley 19.620 no lo define y tampoco lo hace la Convención de los Derechos del Niño. No obstante, ambas lo consideran un principio fundamental.

A este principio puede asignársele una triple función:

- 1) Se trata de una garantía establecida en favor del menor y que se traduce en la consideración de sus derechos en todo acto de decisión.
- 2) Se ha dicho que se trata de una norma orientadora, que obliga tanto a jueces como a instituciones públicas o privadas.
- 3) Se ha señalado que es una norma interpretativa.

Desde una perspectiva general, puede sostenerse que el interés superior del niño está dado por lo que es más provechoso o útil al menor, pero esto es una ambigüedad porque lo más o menos beneficioso dependerá de la preponderancia de los valores presentes en una sociedad y en una época determinada. Además dentro de una determinada sociedad conviven distintas visiones e ideologías.

De lo precedente surge la necesidad de concretizar el principio y establecer cuál es su contenido. Algunos señalan que se trata de la conveniencia preeminente en el orden moral y material del menor. Sin perjuicio de lo anterior, también es necesario establecer qué se quiere decir con “superior”. Grosman dice que el apelativo quiere reflejar que el derecho del menor ocupa un lugar importante en la familia y en la sociedad y que ese lugar debe ser respetado.

Como no existe una definición precisa de interés superior del niño, surge el peligro de caer en una errónea aplicación del principio. Por ello, existe cierta unanimidad respecto a las implicancias del principio:

- Debe permitirse al menor la indagación de su filiación.

- Debe asegurarse al menor el derecho de emitir su opinión.
- Debe garantizarse al menor, en caso de separación de sus padres, permanecer con aquel que asegure de mejor forma su bienestar físico y espiritual.
- Debe respetarse los derechos que emanan de su naturaleza humana en el ejercicio de la autoridad paterna.
- El estado debe asegurar, en el caso de la adopción de menores, que ésta tenga por objeto velar por el interés superior del adoptado.

En concordancia con lo señalado, la ley 19.620 en su artículo 1º, inciso 1º, prescribe: “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 le procure los cuidados tendientes a satisfacer sus necesidades espirituales y materiales, cuando ello no le pueda ser proporcionado por su familia de origen.” El interés superior del niño en la ley de adopción es un principio rector, que el juez de familia siempre debe tener como consideración al momento de procurarle una familia adoptiva al menor, la que deberá elegirse pensando en su beneficio y en el desarrollo de sus necesidades tanto afectivas como materiales.

Protección al menor y la intervención del Estado

Este principio busca la protección al menor a través de la intervención del Estado, en todo lo que comprende la adopción, en este sentido el Servicio Nacional de Menores toma una gran importancia, pues el menor debe ser incluido en un registro de personas susceptibles de ser adoptadas, misma exigencia establecida para los adoptantes. Podrá hacerse parte en todos los asuntos que regula la ley 19.020, en defensa de los derechos del menor comprendido dentro de sus normas, esta intervención podrá ejercerse hasta que surta efectos la adopción y , con posterioridad, solamente en relación con el juicio de nulidad de la adopción contemplado en el art 38 de la misma ley.

Principio Inquisitivo

El tribunal puede iniciar de oficio el procedimiento para que se declare que un menor es susceptible de ser adoptado. El Juez de Menores toma un papel o rol activo dentro el proceso ya que según la norma el proceso se iniciara de oficio por el juez a petición del Servicio Nacional de Menores o a quien corresponda dejando de ocupar un rol pasivo, el juez puede decretar para que se lleven a cabo dentro de los plazos que establece la ley, los informes y diligencias necesarias durante el curso de ellos.

Principio de Celeridad Procesal

Este principio consiste en que la ley establece plazos perentorios para que se realicen las diligencias ya sea por parte del tribunal, como de otras personas, puesto que su demora obra en perjuicio directo del menor al mantenerlo en una situación de incertidumbre. Las sanciones que se contemplan en la ley son distintas , teniendo por objeto conducir a obtener que en el respectivo procedimiento se dilucide rápidamente la situación del menor en relación con su susceptibilidad de ser adoptado o de adoptados en su caso.

Preferencia de la familia matrimonial

La ley de adopción otorga preferencia para adoptar a matrimonios con residencia permanente en el país, sean chilenos o extranjeros. Sin embargo, también permite la adopción por personas viudas, solteras o divorciadas cuando no haya matrimonios con residencia en Chile interesados en adoptar.

En lo que concierne a la adopción internacional, la ley solo permite que adopten matrimonios.

En el caso que concurren personas viudas, solteras o divorciadas, cuando no haya matrimonios con residencia en Chile interesados en adoptar, y al mismo tiempo concorra un matrimonio con residencia fuera del país, podrá el juez preferir al matrimonio extranjero si median razones de mayor conveniencia para el interés superior del menor, que expondrá

fundadamente en su resolución.

Principio del secreto

El procedimiento que establece la ley es reservado lo que se encuentra establecido en el artículo 28 de la Ley 19.620 que dispone que todas las tramitaciones , tanto judiciales como administrativas y la guarda de documentos a que dé lugar la adopción , serán reservadas, salvo, que los interesados en su solicitud de adopción hayan requerido lo contrario. En este caso, la sentencia se dejara constancia de ello y no será aplicable lo dispuesto en la parte primera de este artículo.

Todos los antecedentes relacionados con la adopción son reservados. La ley contempla sanciones para quien los revele. Siempre con la excepción ya aludida, es decir , el caso de que los adoptantes soliciten expresamente que se prescinda de la reserva.

Derecho del niño a dar su opinión y a otorgar su consentimiento respecto de su adopción.

El juez deberá tener en cuenta la opinión del menor considerando su edad y madurez. Además, la ley prescribe que si se trata de un menor adulto se requerirá de su consentimiento , en el procedimiento previo de adopción, para ser declarado susceptible de ser adoptado. Excepcionalmente, y sólo sustentado en el interés superior del menor, el juez podrá decidir que se continúe el procedimiento, no obstante la opinión en contrario del menor. Este principio está expresamente consagrado en la Convención Sobre los Derechos del Niño.

4.2 Concepto de Adopción

El proyecto original de la ley 19.620, en su artículo 1º, definía la adopción como “unproceso social y legal por el cual se establece la relación padres e hijos entre personas que no están necesariamente vinculadas por lazos de parentesco.”

La Comisión de Constitución del Senado evaluó la conveniencia de mantener dicha definición, concluyendo, con acuerdo del Ejecutivo, en desestimar esa posibilidad. Ello porcuanto, de acuerdo al artículo 20 del Código Civil, las palabras de la ley se entienden en susentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras. El uso natural y obvioestá señalado, en este caso, por la definición que da el Diccionario de la Lengua de la realAcademia Española que señala que la adopción es "recibir como hijo, con los requisitos ysolemnidades que establecen las leyes, al que no lo es naturalmente".

4.2 Características de la adopción (ley 19.620).

- Es una institución de orden público propia del derecho de familia.
- Se constituye solo por sentencia judicial
- Constituye estado civil
- Es subsidiaria
- Es irrevocable
- Es de carácter reservado
- Es una ficción legal

4.3 Finalidad de la ley

En palabras del Ex Presidente de la República don Patricio Aylwin Azócar, la principal finalidad de la ley 19.620 “es subsanar los vacíos legales observados en la Legislación vigente sobre Adopción y, al mismo tiempo, adecuar dicha normativa a la Convención sobre Derechos del Niño, promulgada con fecha 27 de septiembre de 1990”

4.4 Efectos de la adopción (ley 19.620)

La adopción produce sus efectos legales desde la fecha de la inscripción de nacimiento ordenada por la sentencia que la constituye y tiene efectos erga omnes. Además, una vez practicada dicha inscripción, se retrotraerán sus efectos hasta la fecha de nacimiento del adoptado, reputándose que el menor siempre ha sido hijo de los adoptantes y que nunca ha tenido otros padres

Efectos entre el adoptante y el adoptado.

Confiere al adoptado el estado civil de hijo de los adoptantes, con todos los derechos y deberes recíprocos establecidos en la ley.

Efectos en la familia de origen del adoptado.

La adopción extingue todos los vínculos de filiación con la familia de origen; salvo, por razones de orden público, los impedimentos para contraer matrimonio contemplados en el artículo 5 de la ley sobre Matrimonio Civil⁴⁶, según lo dispuesto en el artículo 37 de la ley 19.620. Cualquiera de los parientes mencionados en esta disposición podrá hacer presente el impedimento ante el Servicio de Registro Civil e Identificación desde la manifestación del matrimonio y hasta antes de su celebración, debiendo, la institución, verificar la información consultando el expediente de adopción.

La extinción de la filiación no opera en materia penal, pudiendo cometerse el delito tipificado y mencionado en el artículo 375 del Código Penal.

Irrevocabilidad de la adopción.

La adopción es, por regla general, irrevocable. Una vez otorgada no puede dejarse sin efecto por voluntad de los padres biológicos, de los adoptantes o del adoptado. Ello se

explica porque se trata de un acto de familia y porque la ley está interesada en consolidar situaciones que en mantener inestabilidades.

Nulidad de la adopción.

Podrá pedir la nulidad de la adopción, obtenida por medios ilícitos o fraudulentos, exclusivamente el adoptado por sí o por medio de curador especial. La acción de nulidad prescribe en 4 años contados desde la fecha en que el adoptado, alcanzada su plena capacidad, haya tomado conocimiento del vicio que afecta la adopción. Conoce la solicitud el juez del domicilio o residencia del adoptado, en conformidad al procedimiento ordinario previsto en la ley 19.968 que Crea los Juzgados de Familia.

La causal que hace procedente la declaración del vicio de nulidad es únicamente el haberse obtenido la adopción por medios ilícitos o fraudulentos.

Expiración de la adopción.

La adopción solo expira por sentencia judicial firme que declares su nulidad y por tanto podría señalarse que, es por regla general irrevocable, así se encarga de dejarlo establecido el inciso primero del artículo 38. Pero enseguida agrega que “con todo, el adoptado, por sí o por curador especial, podrá pedir la nulidad de la adopción obtenida por medios ilícitos o fraudulentos”. Este corresponde al caso en que la adopción expirara.

4.5 Descripción y características del procedimiento

- Es un procedimiento no contencioso, en el cual no es admisible la oposición.
- Se inicia por la respectiva solicitud de adopción la que debe ser firmada por todos

los solicitantes y acompañarse con ella:

- i) Copia íntegra de la inscripción de nacimiento del menor que se pretende adoptar.
- ii) Copia autorizada de la resolución que declara al menor susceptible de ser adoptado.
- iii) Informe de evaluación de idoneidad física, mental, psicológica y moral de los solicitantes emitido por el SENAME o por las instituciones acreditadas en materia de adopción.

- Si los solicitantes no hubiesen requerido o no se les hubiese concedido el cuidado personal del menor en el procedimiento previo, deberán pedirlo, si así lo estiman, conjuntamente con la solicitud de adopción.
- Verificado por el Tribunal el cumplimiento de los requisitos legales acogerá a tramitación la solicitud, ordenará agregar los antecedentes del procedimiento previo respectivo y citará al menor en su caso y a los solicitantes con todos sus medios de prueba y antecedentes a audiencia preparatoria a celebrarse entre los 5 y 10 días siguientes.
- En caso de estar dos o más menores en situación de ser adoptados, debe procurar el Tribunal que los adopten los mismos solicitantes y si distintas personas solicitan la adopción de un mismo menor se ordenará la acumulación de autos.
- En la audiencia preparatoria el juez dictará sentencia definitiva, si en base a los antecedentes expuestos se acreditan las ventajas que la adopción puede reportar al menor. Si no se cuenta con los antecedentes necesarios el Juez decretará las diligencias que estime conveniente, las que deben presentarse en la audiencia de juicio.
- La audiencia de juicio se efectúa dentro de los 15 días siguientes a la realización de la audiencia preparatoria. En esta audiencia se dictará sentencia definitiva estén o no cumplidas las diligencias decretadas previamente.

- La sentencia definitiva se notifica por cédula, salvo que se practique dicha notificación personalmente a las partes en la audiencia de juicio.

- La sentencia que acoja la adopción de un menor debe contener los requisitos del artículo 66 de la ley 19.968 que crea los Tribunales de Familia⁴¹ y además:

1. Oficiar a la Dirección Nacional del Registro Civil e Identificación solicitando el envío de la ficha individual del adoptado y de cualquier otro antecedentes que permita su identificación, para ser agregados al proceso.

2. Que se remitan los antecedentes a la Oficina del Registro Civil e Identificación del domicilio de los adoptantes, a fin de que se practique una nueva inscripción de nacimiento del adoptado como hijo de los adoptantes. La nueva inscripción de nacimiento del adoptado contendrá las indicaciones que señala el artículo 31 de la ley N° 4.808 sobre Registro Civil.

3. Que se oficie al SENAME, ordenando la eliminación de los adoptantes y adoptado del registro de personas interesadas en adoptar o susceptibles de ser adoptadas respectivamente.

4. Que se oficie, cuando corresponda, al Ministerio de Educación, ordenando el retiro del registro curricular de los antecedentes del menor adoptado y que se incorpore otro registro de acuerdo a la nueva identidad de aquel.

- Además de lo anterior, cuando se acoja la adopción de dos o más personas y la diferencia de edad entre ellas fuere inferior a doscientos setenta días, la sentencia, al precisar la fecha de nacimiento de cada uno, cuidará de que exista entre sus fechas de nacimiento el plazo referido. Lo mismo se hará cuando igual situación se presente entre el o los adoptados y los hijos de los adoptantes. Si la diferencia de edad entre los adoptados o entre éstos y los hijos de los adoptantes es muy pequeña, podrá establecerse como fecha de nacimiento la misma, de modo que aparezcan nacidos el mismo día. Finalmente, si el

menor ha nacido antes del matrimonio de los adoptantes, se podrá establecer como fecha de nacimiento una que concilie la edad que aparente el menor, con la posibilidad de que hubiese sido concebido por los adoptantes.

- La sentencia que rechaza la solicitud de adopción dispondrá, en su caso, el cese del cuidado personal y la entrega del menor a quien determine la sentencia.
- En contra de la sentencia definitiva procede el recurso de apelación, el que se tramitará de acuerdo a las reglas de los incidentes y gozará de preferencia para su vista y fallo.
- Se aplican supletoriamente, en lo no previsto por la ley 19.620, las normas establecidas en el título III de la ley 19.968 que crea los Tribunales de Familia.

Capítulo 5: Consideraciones Finales.

Este trabajo nos permitió conocer la adopción en sus distintas épocas y civilizaciones, se puede apreciar una evolución gradual de esta institución. Nos hemos podido percatar que ha sido influenciada por diversas culturas, entre ellas la romana, griega, etc.

Desarrollando este trabajo nos hemos podido percatar que nuestra legislación no es muy original, siempre se puede encontrar una base en alguna legislación extranjera, lo cual no tiene nada de malo, siempre y cuando se cuente con tribunales especializados en materia de adopción que permitan un proceso más eficaz.

En relación a nuestra actual ley de adopción podemos señalar que el objeto principal y fundamental de la ley fue simplificar los trámites de la adopción para que en definitiva se pudiera aumentar el número de adopciones, dándole un hogar a un gran número de menores que carecen de una familia.

La ley 19620 ha demostrado tener ciertos defectos, ya que existen en este momento menores y solicitantes esperando formar una familia, y esta situación aún no se resuelve. A pesar de las buenas intenciones legislativas esta ley requiere una mayor celeridad en el proceso de adopción.

Lo anterior, sumado al hecho de que hay escasez de tribunales de protección, donde declarar la adopción, significa una gran obstrucción, debido a que los jueces tienen la potestad de agotar las posibilidades de encontrar las familias de origen con la demora que esto implica.

En definitiva, luego de algún tiempo desde la entrada en vigencia de la ley 19.620, se justifica plenamente una evaluación crítica de la institución e iniciar la discusión y tramitación de un proyecto de ley que mantenga las virtudes del sistema de adopciones de la ley 19.620, reafirme sus fortalezas e incorpore todas aquellas mejoras que permitan a nuestro país contar con una ley eficaz, moderna y que responda a las necesidades de los menores en situación de adopción.

BIBLIOGRAFIA.

ARGUELLO, Luis Rodolfo. Manual Derecho Romano. 3ª.ed. Buenos Aires: Astrea, 2011. 640 p.

ARIAS Ramos, José. Derecho Romano Tomo II. Madrid, Revista de Derecho privado, 1963. 1260 p.

BARCIA L, Rodrigo. Fundamentos del Derecho de Familia y de la infancia. Santiago de Chile: Puntolex Thompson Reuters, 2011. 572 p.

LATHROP Gómez, Fabiola. Instituciones del derecho de familia. Revista de Derecho, 136:77-113, 2004.

LARRAIN Aspillaga, María Teresa. La Adopción, un análisis crítico y comparado de la legislación chilena. Santiago de Chile: Jurídica de Chile, 1991. 379 p.

LARRAIN Arroyo, Consuelo. Misterio de un encuentro, la adopción en Chile. Santiago de Chile: Grijalbo, 2003. 392 p.

SAMPER P. Francisco, Derecho Romano. Santiago de Chile, Ediciones Universidad Internacional SEK, 1991. 179 p.