

ALGUNAS IDEAS SOBRE LA NUEVA LEGISLACION DE ADOPCION.

Prof.: Claudia Schmidt H.

A.- INTRODUCCION

En el Diario Oficial del 10 de Mayo de 1988 se publicó la ley 18.703 que "Dicta Normas sobre Adopción de Menores y Deroga la ley 16.346", ley que contiene cinco títulos que se denominan respectivamente "Disposiciones Generales", "De la Adopción Simple", "De la Adopción Plena", "De la Salida de Menores para su Adopción en el Extranjero", y "De las Sanciones", para terminar con dos artículos comprendidos bajo el epígrafe "Disposiciones Finales". Como puede apreciarse, la ley que comentaremos deroga la ley 16.436 (20 de Octubre de 1965) que regulaba la adopción legitimante y establece dos clases de adopción: la adopción simple y la adopción plena, por una parte y por la otra, no deroga la ley 7.613 (21 de Octubre de 1943) que "Establece Disposiciones sobre la Adopción", institución que se ha denominado generalmente adopción ordinaria, clásica o simple. Es así como, en la actualidad,

podemos distinguir tres clases o tipos de adopción: a.- la adopción ordinaria, clásica o simple de la ley 7.613 que llamaremos desde ahora, exclusivamente, "clásica" para no confundirla con la adopción simple regulada por la ley 18.703; b.- la adopción simple de la ley 18.703; y c.- la adopción plena de la ley 18.703.-

B. DE LA ADOPCION SIMPLE

I.- Criterio seguido para abordar su estudio:

Esta clase de adopción se regula en el Título II de la Ley 18.703 entre sus artículos 5 al 20, que se dividen, a su vez, en tres párrafos, denominados, respectivamente, "De la Constitución de la Adopción Simple", "De los Efectos de la Adopción Simple" y "De la expiración de la Adopción Simple", normas de las cuales se puede desprender que esta institución constituiría o podría llegar a constituir un paso previo de la adopción clásica o de la adopción plena. En efecto, el artículo 20 1.c. de la ley 18.703 establece que la adopción simple termina por la adopción del menor conforme a las normas de la ley 7.613 o por su adopción plena de acuerdo a las disposiciones del Título III de esta Ley. Además, el artículo 2 de la referida Ley agrega que: "La adopción simple, constituida de acuerdo con las normas de esta ley, no obstará a que, con posterioridad, adoptante y adoptado se acojan a las disposiciones de la ley N°7.613, si cumplen con las exigencias que ella establece." Sin embargo, teniendo especialmente en consideración lo señalado por esta última norma y lo dispuesto por el artículo 1-2 de la Ley 18.703 que dispone que "La adopción simple crea entre adoptante y adoptado sólo los derechos y obligaciones que se establecen en el Título II" y no otorga en consecuencia, el estado civil de hijo legítimo, si bien la adopción simple puede de expirar por la adopción plena, no cabe duda que la primera se asemeja a la adopción clásica. Es por ello que para abordar su estudio, haremos un análisis comparativo entre la adopción simple y la adopción clásica, sin pretender en ningún caso hacer un examen acabado de ellas.

II.- Requisitos de la Adopción Simple

1.- Requisitos que debe cumplir el adoptante:

De los artículos 5, 7 y 8 de la ley, se desprende que el adoptante debe cumplir con los siguientes requisitos:

a) Debe ser una persona natural según lo establece el artículo 5 de la ley 18.703. Se excluyen las personas jurídicas, siguiendo el mismo criterio de la adopción clásica (artículo 2 Ley 7.613).

b) El adoptante debe ser plenamente capaz, en general, y específicamente debe ser mayor de edad. La ley 18.703 adopta en esta materia la misma regla de la ley 7.613, pues señala que, "La incapacidad en razón de carecer de la libre disposición de sus bienes no regirá respecto de la mujer casada". (artículos 5-2 y 2-3 respectivamente). Sin embargo, encontramos a propósito de este requisito, la primera gran diferencia entre la adopción simple y la adopción clásica. En efecto, la adopción simple exige sólo la mayoría de edad del adoptante, en tanto que la adopción clásica exige que se trate de una persona mayor de cuarenta y menor de 70 años. Es por ello, que puede afirmarse que sin duda una de las finalidades de la ley 18.703 en relación a la adopción simple, es ampliar el campo de aplicación de esta institución, todo ello con el fin último de beneficiar a un mayor número de menores que carece de una familia y que se encuentra en situación de necesidad.

c) El adoptante debe ser a lo menos quince años mayor que el adoptado, materia en la cual la nueva legislación no innova.

d) El adoptante no puede estar afectado por alguna prohibición y así el artículo 7 de la ley 18.703 establece que la adopción no puede ser otorgada sino por una sola persona, salvo que los adoptantes sean cónyuges no divorciados, en cuyo caso se requerirá el consentimiento de ambos, norma que también encontramos en la ley 7.613 (artículo 4).

e) Si el adoptante está casado y no está divorciado, requiere del consentimiento de su cónyuge. Así lo exige el artículo 5-2 de la ley 18.703 al igual que el artículo 2-2 de la ley 7.613.

f) El adoptante debe tener al menor que adoptará bajo su cuidado personal, a lo menos durante seis meses en forma ininterrumpida, según lo prescribe el artículo 8 de la ley 18.703, requisito que no es exigido por la ley 7.613.

Además de las diferencias anotadas, es interesante destacar que la ley 18.703 no exige que el adoptante carezca de descendencia legítima ni contiene el impedimento de guardas, como sí lo reglamenta la ley 7.613.

2.- Requisitos que debe cumplir el adoptado:

a) En conformidad a lo dispuesto por el artículo 6 de la ley 18.703, el adoptado debe ser menor de 18 años de edad.

b) El adoptado debe encontrarse en estado de necesidad de asistencia y protección, carecer de bienes al momento de su adopción y en caso de tenerlos, que estos bienes sólo consistan en pensiones u otras prestaciones originadas en el sistema de seguridad social.

A propósito del primer requisito señalado, encontramos una importante diferencia entre la adopción simple y la adopción clásica, pues en la primera el adoptado debe ser menor de 18 años, en tanto que en la segunda, el adoptado puede ser perfectamente una persona mayor de dieciocho años y también mayor de edad.

Es interesante señalar que al igual que la ley 7.613, la nueva legislación no señala si pueden o no adoptar parientes. Sin embargo, puede afirmarse que como no existe una prohibición expresa en tal sentido, si se cumplen los requisitos legales, ello es posible.

3.- Requisitos de Constitución de la Adopción Simple.

Según lo señalado por el artículo 9 de la ley 18.703, la adopción se constituye por sentencia judicial, la cual deberá cumplir con los requisitos prescritos en el artículo 170 del Código de Procedimiento Civil, siendo competente para conocer de ella, el Juez de Letras

de Menores del domicilio del adoptante (artículo 10 de la ley 18.703). En cambio, recordemos que la adopción clásica tiene origen contractual, sin perjuicio que además requiere de autorización judicial. En efecto, debe constar por escritura pública la cual debe contener el consentimiento del adoptante y la aceptación del adoptado, debiendo insertarse en ella la resolución judicial que la autorizó y además inscribirse en el Libro de Nacimientos del Registro Civil correspondiente al domicilio del adoptado y anotarse al margen de su inscripción de nacimiento (artículos 5, 7 y 8 de la Ley 7.613).

III.- Efectos de la adopción simple:

Al igual que la adopción clásica, la adopción simple no constituye estado civil y produce sus efectos desde que se practica la subinscripción de la sentencia que la establece al margen de la inscripción de nacimiento del adoptado, en el Registro Civil (artículo 12 ley 18.703). Como la adopción simple no constituye estado civil, al igual que la adopción clásica, el adoptado continúa formando parte de su familia anterior y conserva en ella sus derechos y obligaciones (artículo 15-1 ley 7.613, artículo 13-3 ley 18.703). Sin embargo, en ambas instituciones, el adoptante ejerce la patria potestad, la autoridad paterna y el derecho a consentir el matrimonio del adoptado menor de edad, suspendiéndose la patria potestad de pleno derecho respecto de los padres legítimos del adoptado o poniéndose término a la guarda en su caso.

Sin embargo, puede señalarse algunas diferencias entre una y otra forma de adopción:

1.- La ley 18.703 no señala la posibilidad de que el adoptado pueda tomar el o los apellidos del o de los adoptantes, lo que sí permite la ley 7.613. Frente a este silencio del legislador, parece que ello no sería posible en atención a que el nombre es, por una parte, una institución de policía civil, pero por la otra, un derecho de la personalidad, y por lo mismo, irrenunciable. En todo caso, es lógica la solución del legislador, por cuanto, la adopción simple expira con la mayoría de edad del adoptado.

2.- La adopción clásica del hijo legítimo emancipa a éste respecto de sus padres, en tanto que la adopción simple suspende de pleno derecho la patria potestad del padre o madre legítimos.

3.- Si los adoptantes son dos y por lo tanto cónyuges, el consentimiento para el matrimonio del adoptado, corresponde darlo de preferencia al marido y sólo a falta de éste, a la mujer. Así lo establece el artículo 15 de la ley 18.703, norma que no encontramos en la ley 7.613. Cabe en todo caso señalar, que es una lástima que no se haya consagrado el derecho de ambos adoptantes para consentir el matrimonio del adoptado, pues sin duda nuestra legislación avanza, aunque lentamente, hacia la consagración legal del principio de igualdad de derechos entre el hombre y la mujer.

4.- La ley 18.703 consagró la obligación individual de dar alimentos del o de los adoptantes en favor del adoptado, en tanto que la ley 7.613 estableció una obligación alimenticia recíproca entre el o los adoptantes y el adoptado.

Aparte de estas diferencias, es interesante mencionar que la ley 7.613 considera el adoptado y adoptante parientes entre sí, para los efectos señalados en el artículo 42 del Código Civil y además otorga derechos hereditarios al adoptado en la sucesión del adoptante. No encontramos normas semejantes en la ley 18.703.

IV.- Expiración de la Adopción Simple

Conforme al artículo 20 de la ley 18.703, la adopción simple expira por la mayoría de edad del adoptado; por sentencia judicial dictada por el mismo Tribunal que la concedió; de oficio o a petición de parte, 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 adoptante y por la adopción del menor conforme a las normas de la ley 7.613 o por su adopción plena. Por lo tanto, la adopción simple no expira por voluntad unilateral del adoptado ni por mutuo acuerdo del adoptante y adop

tado, como ocurre tratándose de la adopción clásica (artículo 32 Números 1 y 2 Ley 7.613).

C.- DE LA ADOPCION PLENA

I.- Criterio seguido para abordar su estudio:

Si bien, la ley 18.703 derogó la ley 16.346 del 20 de Octubre de 1965 que establecía la "Legitimación A doptiva", en atención a que la adopción plena que, regula la primera, es la misma institución que regla mentaba la segunda, haré un breve análisis de am bas legislaciones, señalando sus grandes diferencias y semejanzas.

La adopción plena se encuentra regulada en el Título III de la Ley 18.703 entre sus artículos 21 al 38, los que se dividen en tres párrafos, denominados respectivamente: "De la Constitución de la Adopción Plena", "De la Competencia y Procedimiento" y "De los Efectos de la Adopción Plena y de su Expiración". Es así como puede apreciarse en primer lugar, que se cambia de nombre a esta institución. En efecto, la ley 16.346 la llamaba "Legitimación Adoptiva", en atención a que se trata de una institución que participa de las características de la adopción porque crea una clase de filiación que no descansa en una base biológica y, también, de las características de la legitimación, pues otorga al adoptado el estado civil de hijo legítimo. En cambio, la ley 18.703 la llama adopción plena. A nuestro juicio, debió haberse mantenido la nomenclatura anterior, pues esta clase de adopción es fuente de legitimidad, ya que el menor es considerado hijo legítimo de los adoptantes.

II.- Requisitos de la Adopción Plena

1.- Requisitos que deben cumplir los adoptantes.

De los artículos 21, 22 y 23 de la ley 18.703 se desprende que los adoptantes deben cumplir con los siguientes requisitos:

a) Los adoptantes deben estar unidos en matrimonio. Sin embargo, del mismo modo que lo establecía la ley 16.346, no es necesario que se encuentren

actualmente casados, pues pueden ser viudos o an
lados, siempre que se cumpla con los requisitos se
ñalados en los artículos 22 y 23. En esta materia n
ose aprecian grandes diferencias entre ambas legisla
ciones, salvo que la ley 18.703 exige que los adop
tantes no se encuentren divorciados.

b) Los adoptantes deben tener cuatro o más a
ños de matrimonio, en cambio la ley 16.346 exigía un mí
nimo de cinco años de un matrimonio.

c) Los adoptantes deben tener a lo menos 25 años y
una edad máxima de 60; en cambio, la ley 16.346 mo
dificada por el DL 1937 del 18 de Octubre de 1977,
exigía una edad mínima de 30 años y una edad máxi
ma de 70 años.

d) Entre adoptantes y adoptado debe mediar una d
iferencia mínima de 20 años, materia en la cual, l
a nueva ley no innova.

Sin embargo, en relación a los últimos dos requisitos,
es importante destacar que el artículo 21 de la l
ey 18.703 señala que "el Juez, cuando se justifique, p
odrá prescindir de los límites de edad o rebajar la d
iferencia de años, hasta en un máximo de cinco años".
agregando que "los requisitos de edad y diferencia
de edad con el menor, no serán exigibles si uno de
los adoptantes es ascendiente por consanguinidad del
adoptado"; en cambio, la ley 16.346 disponía q
ue "los requisitos de edad mínima y de diferencia de e
dad con el menor, no les serán exigibles al legitiman
te por adopción que ya tuviera un parentesco legíti
mo o natural con el adoptado" (artículo 2-2), con lo
cual, la nueva ley es más amplia en un doble a
specto: le dá facultades al Juez para prescindir de estas
normas por una parte y por la otra, sólo exige, p
ara no aplicar estas normas, que el adoptante s
ea ascendiente consanguíneo del adoptado.

Es así como en conformidad a la nueva legislación, se
puede adoptar a un hijo ilegítimo.

e) Por último, es necesario que los adoptantes t
engan al adoptado bajo su tuición o cuidado p
ersonal en forma ininterrumpida a lo menos un año. En e
s

ta materia la nueva ley introduce importantes cambios, pues la antigua legislación exigía una tuición del menor por un tiempo no inferior a dos años, si este tenía menos de siete años de edad, y de cuatro años, si el menor tenía más de siete años de edad, por lo cual, sin duda, se facilita enormemente el perfeccionamiento de la adopción con el consiguiente beneficio para el adoptado.

2.- Requisitos que deben cumplir el o los adoptados

De los artículos 24 y 25 de la ley 18.703 se desprende que el o los adoptados deben cumplir con los siguientes requisitos:

a) Al igual que en la legislación anterior, la ley 18.703 exige que el adoptado sea menor de 18 años.

b) El menor que se adoptará debe encontrarse en una determinada situación: puede hallarse en estado de orfandad de padre y madre, ser hijo de padres desconocidos, encontrarse abandonado o ser hijo de cualquiera de los adoptantes. Sin embargo, a diferencia de lo que ocurría en la ley anterior, la nueva ley define el abandono, señalando diferentes casos en que éste se produce (artículo 25), lo que sin lugar a dudas, es muy positivo.

3.- Requisitos de constitución de la Adopción Plena

El artículo 4 de la ley 16.346 señalaba que la legitimación adoptiva se constituía por sentencia judicial; en cambio, la ley 18.703 no contiene una norma semejante. Sin embargo, el párrafo 2 del Título III denominado "De la Competencia y Procedimiento" regula lo que se llama el juicio de adopción, por lo cual debe concluirse igualmente, que la adopción plena se constituye por sentencia judicial. Al igual que la ley 16.346, la ley 18.703 exige en su artículo 26 que la solicitud de adopción sea firmada por las personas cuya voluntad se requiere -según el caso-, en presencia de un ministro de fe (secretario del Tribunal), quien deberá certificar la identidad de los comparecientes y la circunstancias de que firmaron en su presencia.

Cabe mencionar que la nueva ley exige además que se acompañe a esta solicitud, copia íntegra del acta de inscripción de nacimiento de la persona que se pretende adoptar. Los artículos 26 al 35 de la ley 18.703 reglamentan el procedimiento por el cual se tramita la solicitud de adopción, a diferencia de lo que ocurría en la ley 16.436 que se remitía en esta materia a las normas establecidas en la Ley de Protección de Menores. Dentro de las normas de la ley 18.703 que regulan el procedimiento, cabe destacar las siguientes:

.- La solicitud debe ser notificada personalmente (y eventualmente, por avisos) a los padres, guardadores o personas que pudieren alegar derechos respecto del menor, quienes tienen un plazo de 15 días hábiles contados desde la fecha de la notificación, para comparecer ante el Tribunal y exponer lo conveniente a sus derechos. Al respecto, es interesante mencionar que la ley 16.346 señalaba que sólo si el Juez lo estimaba necesario se podía oír a los padres en las diligencias de legitimación adoptiva (artículo 7).

.- Vencido el plazo anterior, con la contestación o en rebeldía de las personas señaladas, el Tribunal, si procediese, recibirá la causa a prueba, en la forma y en el término previsto para los incidentes, prueba que se apreciará en conciencia.

.- Concluido el término probatorio o desde que aparezcan en los autos antecedentes suficientes en su caso, el Juez debe declarar por una resolución fundada el estado de abandono, resolución en la cual, además otorgará la tuición provisoria por un año a los solicitantes, en caso de que éstos no hubiesen tenido el cuidado personal o la tuición judicial del menor. Debe agregarse que los trámites del juicio en ningún caso se suspenderán por la tuición provisoria debiéndose dictar sentencia judicial que constituya la adopción, en todo caso vencido el referido plazo.

.- La sentencia que declara la adopción será apelable en el sólo efecto devolutivo. El recurso gozará de preferencia para su vista y se tramitará de acuerdo a las reglas dadas para la apelación de los incidentes en el Código de Procedimiento Civil. Ejecutivo

riada esta sentencia, se remitirán los autos al Oficial del Registro Civil que corresponda al domicilio de los adoptantes a fin de que practique una nueva inscripción de nacimiento del adoptado como hijo legítimo de los adoptantes y se oficiará además a la Dirección General del Registro Civil para que cancele la antigua inscripción de nacimiento del adoptado en conformidad a lo señalado por el artículo 34 de la ley 18.703.

Cabe señalar que los autos deben ser enviados por el Oficial del Registro Civil que practique la nueva inscripción de nacimiento, a la Dirección General del Registro Civil, la cual los remitirá al Jefe del Archivo General del Registro Civil, quién los mantendrá bajo su custodia en una sección separada. Todos los trámites, tanto judiciales como administrativos a que dé lugar la adopción, serán reservados, salvo que los solicitantes en su demanda hayan manifestado lo contrario; bajo la vigencia de la ley 16.346 estas tramitaciones eran absolutamente secretas.

Por último, debe señalarse que en conformidad al artículo 26 de la Ley 18.703, es competente para conocer del juicio de adopción plena el Juez de Letras de Menores del domicilio de los adoptantes, materia en la cual, la nueva ley no innova.

III.- Efectos de la Adopción Plena

Como he señalado en otra parte de este trabajo, la adopción plena corresponde a la misma institución que regulaba la ley 16.346 sobre Legitimación Adoptiva. En efecto, la ley 18.703 señala en su artículo 1 que la adopción plena tiene por objeto conceder al adoptado el estado civil de hijo legítimo de los adoptantes (artículo 1 ley 16.346). Asimismo, dispone en su artículo 36 que la adopción plena hace caducar los vínculos de la filiación de origen del adoptado en todos sus efectos civiles, con la salvedad de que subsistirán los impedimentos para contraer matrimonio establecidos en el artículo 5 de la Ley de Matrimonio Civil. Sin embargo a este respecto, es interesante destacar que bajo el imperio de la ley antigua el legítimo adoptivamente podría impetrar los derechos patrimoniales que pudieren corresponderle derivados de

su filiación anterior.

Por último, en esta materia debe decirse que al igual que en la legislación anterior, la adopción plena produce sus efectos entre adoptantes y adoptado y respecto de terceros, desde la fecha en que se practica que la nueva inscripción de nacimiento del adoptado como hijo legítimo de los adoptantes. Sin embargo la ley 16.346 señalaba que al practicarse esta nueva inscripción, no debía dejarse constancia de la resolución en cuya virtud se practicaba, requisito que no menciona la nueva ley, lo cual, unido al hecho de que en conformidad a lo preceptuado por el artículo 35 de la ley 18.703 que permite que tanto la tramitación judicial como la administrativa no tengan el carácter de reservadas, puede producir una perturbación tanto moral como psicológica en la persona del adoptado por la eventual revelación de su verdadera filiación. A mi juicio, la nueva ley debió haber seguido el mismo criterio que la anterior legislación, es decir, el secreto absoluto.

IV.- De la Expiración de la Adopción Plena

La adopción plena es irrevocable. No obstante, es posible que el adoptado demande su nulidad en caso de que haya sido obtenida fraudulentamente. (artículo 38 Ley 18.703 - artículo 12 ley 16.346).

D. - DE LA SALIDA DE MENORES PARA SU ADOPCION EN EL EXTRANJERO

Es en esta materia donde, realmente, la ley 18.703 es totalmente novedosa. En efecto, con anterioridad a su dictación, nuestra legislación no regulaba esta situación. Debe aclararse que lo que la ley regula es la salida de menores para su adopción en el extranjero, más no su adopción, la que se rige por la ley del país en que se otorgue. Con el fin de salvaguardar realmente el cumplimiento de estas normas, la ley contiene dos importantes preceptos. En efecto, señala en el artículo 49 que el que con abuso de confianza, ardid, simulación, atribución de identidad o estado civil u otra condición personal falsa o mediante cualquier otro engaño semejante, obtuviere la entrega de un menor para sacarlo del país con fines de adopción, será sancionado con la pena de presidio menor en cualquiera de sus gra

dos y multa de 10 a 15 UTM. Por su parte, el artículo 52 agrega que la Jefatura Nacional de Extranjería y Policía Internacional deberá registrar la salida del país de todos los menores de 21 años de edad, indicando el origen y naturaleza de la autorización en su caso y remitirá trimestralmente al Servicio Nacional de Menores la nómina correspondiente. Esta norma es de suma importancia, pues es este Servicio ante el cual debe presentarse la solicitud de salida del menor para su adopción en el extranjero, el cual la remitirá al Tribunal correspondiente (Juez de Letras de Menores del domicilio del menor) para que proceda a la autorización. Concordantemente con las normas que regulan la adopción plena, el Juez sólo puede autorizar la salida de menores de 18 años y siempre que se encuentren en estado de orfandad de padre y madre, sean de filiación desconocida o se encuentren abandonados. Con el objeto de que realmente se perfeccione la adopción en el extranjero, la ley dispone en su artículo 41 1.f. que a la solicitud de autorización, debe acompañarse, entre otros documentos, un certificado expedido por el Cónsul Chileno de profesión en que conste que los solicitantes cumplen con los requisitos para adoptar según la ley de su país de residencia, por una parte, y por la otra, establece en el artículo 46 que una vez concedida la autorización, el Cónsul respectivo deberá vigilar que la adopción del menor chileno se cumpla conforme al procedimiento señalado en la legislación local, debiendo, además, informar y remitir al Ministerio de Relaciones Exteriores de Chile copia de la sentencia o resolución y documentos que así lo prueben, organismo que deberá poner estos antecedentes a disposición del Tribunal respectivo, el que ordenará al Servicio de Registro Civil e Identificación practicar la correcta anotación al margen de la respectiva inscripción de nacimiento.

E. CÓNCLUSIONES FINALES

Como hemos señalado en estas páginas, en la actualidad podemos distinguir tres clases de adopción: la adopción clásica, la adopción simple y la adopción plena. La adopción simple es semejante a la adopción clásica en tanto que la adopción plena sustituye a la legitimación adoptiva. Además, debe concluirse que la adopción simple es prácticamente un paso previo a la adopción clásica, incluso a la adopción plena y que esta última moderniza y perfecciona la legitimación adoptiva. Es así, como puede afirmarse que

la nueva legislación en materia de adopción sin lugar a dudas, amplía el campo de aplicación de esta institución logrando, de esta manera, que un mayor número de menores abandonados tenga acceso a ella.