

EXPOSICIÓN SOBRE PROYECTO DE LEY DE REFORMA INTEGRAL AL SISTEMA DE ADOPCIÓN EN CHILE, RELATIVO AL ORDEN DE PRELACIÓN DE LA ADOPCIÓN Y EL ACUERDO DE UNIÓN CIVIL ¹

(Boletín N° 9119-18)

Presentación

Señor Presidente de la Comisión de Familia y Adulto Mayor, diputado Ramón Farías, y honorables diputados integrantes y asistentes a ésta comisión. Agradecemos la invitación que se nos ha hecho como ONG de Derechos Humanos, Comunidad y Justicia, a dar nuestra opinión en el contexto de la discusión en particular del proyecto de ley de reforma integral al sistema de adopción en Chile (Boletín N° 9119-18).

Introducción

La invitación de hoy tiene por objeto que esta comisión conozca nuestra opinión específica acerca del Orden de Prelación establecido en el Capítulo IV del Proyecto de Ley y la opción de que el AUC pase a ser parte de este orden.

Las dudas que se plantean, en este respecto, son dos: (i) ¿Debe existir un orden de prelación? Y, (ii) ¿Deben incorporarse como postulante a adopción a los convivientes civiles?

Nuestra Opinión

(i) El Orden de Prelación debe existir.

(ii) Los convivientes civiles que han celebrado un acuerdo de unión civil, no puede ser parte postulantes a la adopción.

(iii) En el caso de que se incorporen, debe quedar en tercer orden de prelación, después de los matrimonios y a las personas solteras, divorciadas y viudas.

Argumentación

I. EL ORDEN DE PRELACIÓN DEBE EXISTIR

a. ORDEN DE PRELACIÓN

La Convención sobre los Derechos del Niño dispone que *“En todas las medidas concernientes a los niños que tomen (...) los órganos legislativos (en nuestro país, la Cámara de Diputados y el Senado), una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”*.² La importancia que nuestra legislación tanto internacional y como nacional le otorgan los niños, radica en que *“No hay causa que merezca más alta*

¹ Comisión de Familia y Adulto Mayor, Cámara de Diputados, Valparaíso, 1 de julio de 2015.

² Artículo 3°, Convención sobre los Derechos del Niño, ratificada por Chile el año 1990.

*prioridad que la protección y el desarrollo del niño, de quien depende la supervivencia, la estabilidad y el progreso de todas las naciones y, de hecho, de la civilización humana”.*³

El interés superior del niño puede definirse como “*el conjunto de bienes necesarios para el desarrollo integral y la protección de la persona del menor de edad y, en general, de sus derechos, que buscan su mayor bienestar*”⁴. En este sentido, “*el desarrollo de éste y el ejercicio pleno de sus derechos, deben ser considerados como criterios rectores para la elaboración de normas y la aplicación de estas en todos los órdenes relativos a la vida del niño*”.⁵

En la modificación o elaboración de las leyes, pueden existir varios intereses o principios en que se inspiran o que buscan proteger. Sin embargo, tanto nuestra legislación nacional como internacional, han dispuesto que, cuando se modifica o se crea una ley que concierne a los niños, **el interés superior del niño debe ser la consideración primordial. Por lo tanto, las diversas opiniones que se expresen en esta discusión, deben encontrar su fundamento en el interés superior del niño.**

Entre las legislaciones que conciernen a los niños, la legislación sobre adopción ocupa un lugar especial, dado la grave vulnerabilidad en que viven los niños que son huérfanos o que, por otro motivo, no pueden vivir con su familia de origen o biológica.

La adopción constituye una institución cuyo fin es el siguiente: **restituir el derecho del niño a vivir en el seno de una familia que le brinde el afecto y procure los cuidados tendientes a satisfacer sus necesidades materiales y espirituales. El sistema de adopción NO busca otro fin que no sea este**, que responde, precisamente, al interés superior del niño que se ve materializado en la protección del derecho a tener familia. La Convención sobre los Derechos del Niño, insiste nuevamente que “*Los Estados Partes que reconocen o permiten el sistema de adopción cuidarán de que el interés superior del niño, sea la consideración primordial*”.⁶

La adopción, es un vínculo jurídico, constituido por sentencia judicial, entre una o dos personas llamadas adoptantes y otra denominada adoptado, que resulta análoga en sus presupuestos y efectos (tanto familiares como patrimoniales) a la relación que existe entre padres e hijos, y que extingue la relación del adoptado con sus progenitores biológicos. En efecto: la adopción, a la vez que extingue el vínculo de filiación que el niño tenía con sus padres biológicos, crea uno nuevo con sus padres adoptivos.⁷

Nuestra legislación de adopción, contiene normas relativas a los postulantes a adopción, tendientes a hacer efectivo, de la mejor manera posible, el derecho del niño a tener una familia. Entre estas normas, se encuentra el orden de prelación, que prefiere a ciertos

³ Plan de Acción de la Cumbre Mundial a favor de la Infancia, 30 de septiembre de 1990.

⁴ BAEZA CONCHA, Gloria, 2001, “*El interés superior del niño: Derecho de rango constitucional, su recepción en la legislación nacional y aplicación en la jurisprudencia*”, Revista Chilena de Derecho, vol. 28, núm. 2, p. 356

⁵ Corte interamericana de Derechos Humanos; Opinión Consultiva OC-17/2002; N° 137.2

⁶ Artículo 21, Convención sobre los Derechos del Niño.

⁷ CORRAL TALCIANI, HERNÁN, *Adopción y Filiación Adoptiva*. Ed. Jurídica de Chile, 2002, p.74.

postulantes a adopción por sobre otros, en virtud de su idoneidad. **Es necesario aclarar, que el orden de prelación no busca beneficiar a los postulantes a adopción, sino que amparar de mejor manera los derechos del niño, pues su interés es el que debe prevalecer.** Por lo mismo, nuestra legislación, no regula un “derecho” a adoptar, sino que se limita a regular cuestiones relativas a la idoneidad de los postulantes.

La normativa actualmente vigente El artículo 20 y 21 de la ley que dicta normas de adopción, 19.620, dispone el siguiente orden de prelación: (i) Matrimonios chilenos o extranjeros con residencia definitiva en Chile. (ii) En caso de que no existan cónyuges interesados en adoptar a un menor, podrá optar como adoptante una persona soltera, divorciada o viuda. Todos luego de evaluaciones previas, y cumpliendo ciertos requisitos, concernientes a la edad.

El proyecto de ley en discusión, propone modificar el orden de prelación, manteniendo la preferencia a los matrimonios nacionales, pero igualando en preferencia a los matrimonios extranjeros con las personas solteras, viudas o divorciadas. También, propone que, en caso de que el interés superior del niño lo justifique, este orden de prelación podrá modificarse.

La indicación 28° del Ejecutivo, propone modificar el orden de prelación, dejando de preferir a los matrimonios, e igualándolos en preferencia con las personas solteras, divorcias o viudas. En segundo lugar, estarían los matrimonios con residencia en el extranjero.

La existencia de un orden de prelación, supone que **no es indiferente quién se haga cargo de la educación del niño.** Por de pronto, todos estamos de acuerdo en que lo mejor para el niño, es que permanezca lo menos posible en una institución de adopción (que no existan niños institucionalizados es uno de los objetivos que busca este proyecto, agilizando el proceso de adopción) y que sea criado por una familia estable.

Ahora bien, entre los postulantes a adopción, podemos identificar, básicamente, los matrimonios (chilenos y extranjeros) y las personas solteras, viudas y divorciadas. Por tanto, para que exista un orden de prelación, es necesario argumentar que existen postulantes que, por sus características, sean, en principio, más idóneos que los demás para postular a la adopción. De ser así, el orden de prelación consistiría una medida de amparo del interés superior del niño. Luego, toda distinción que quede estipulada en la ley, que tenga que ver con el orden de prelación, y que prefiera a unos postulantes a adopción por sobre otros, será una distinción razonable, y no una discriminación arbitraria, según la ley antidiscriminación (artículo 2° ley 20.609).

b. PREFERENCIA DE LOS MATRIMONIOS

Antes de pasar a argumentar, es necesario advertir que la ley constituye un mandato general y abstracto, que no tiene presente, por una obvia imposibilidad, los infinitos casos que puedan ocurrir en la realidad. Por esta razón, puede suceder que, a pesar de que la ley promueva una estructura familiar que considera más idónea como postulante a adopción

que otra, en la práctica pueda haber casos específicos en que resulte ser menos idónea que las demás. En conclusión, la labor del legislador es comparar las legislaciones y sus cualidades en abstracto.

Para justificar el orden de prelación, es necesario argumentar que se debe preferir a unos postulantes por sobre otros, y que estos son, en primer lugar, los matrimonios. En este sentido, justificar el orden de prelación, va de la mano de justificar que los matrimonios tengan preferencia por sobre otros, en miras a proteger el interés superior del niño.

i. Semejanza con familia de origen

Como primera cuestión, podemos decir que la ley siempre prefiere que sean los padres biológicos quienes se hagan cargo de la educación y cuidado de sus hijos, y que el Estado debe velar para que el niño no sea separado de ellos, excepto cuando, como señala la Convención sobre los Derechos del Niño, *“a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño”*.⁸

La adopción NO es una alternativa de filiación, sino que opera excepcional y subsidiariamente, pues siempre se prefiere a la familia biológica⁹. En este sentido, sólo opera la adopción cuando se han agotado las posibilidades para que el menor pueda mantenerse o reintegrarse a su familia de origen, sea el núcleo familiar o la familia extensa. Son los padres biológicos quienes tienen, en primer lugar, el derecho y el deber constitucionalmente establecido, de educar a sus hijos.

Por esta razón, la adopción debe tender a crear una relación de filiación semejante, desde el punto de vista social y jurídico, al vínculo que tenía el niño sus padres biológicos (entre dos o una persona). Es este último vínculo, el modelo para configurar la filiación adoptiva. Como dice Carbonnier, la filiación adoptiva *“es una filiación de imitación: el derecho a buscar imitar la filiación (legítima); la condición del hijo adoptivo tiende a imitar aquella del hijo (legítimo) o, más exactamente (pues la adopción no se retrotrae), aquella del hijo legitimado)”*¹⁰

Por lo tanto, dado que la familia biológica o de origen está constituida por un hombre y una mujer, y que siempre se intenta preferir dicha conformación familiar como la mejor opción para el niño: la familia sustitutiva debe ser la familia que esté constituida por la unión entre un hombre y una mujer. En este sentido, Mazzinghi señala que, *“si de lo que se trata es dar protección a menores que carecen del ámbito familiar indispensable para su cuidado y formación... y si el remedio que se procura aplicar a tales situaciones consiste en asimilar a los menores a una relación familiar constituida por resolución judicial, parece*

⁸ Artículo 9.1, Convención sobre los Derechos del Niño.

⁹ Tanto la ley 19.620, como el proyecto de ley, las indicaciones del Ejecutivo y las indicaciones parlamentarias coinciden en esto.

¹⁰ CARBONNIER, J., *Droit Civil II. La famille*, PF, 18° edic., 1997, p. 479. Citado en CORRAL TACIANI, HERNÁN, *Adopción y Filiación Adoptiva* Op. Cit. P. 68.

*incontestable la necesidad de que se imite, en el ámbito de adopción, los modelos que nos provee la organización de la familia. Y esta resulta -no cabe duda- de la unión libre y estable entre un varón y una mujer, que se unen en matrimonio para engendrar nuevas vidas y transmitir a los hijos los principios fundamentales de su educación”.*¹¹

En otras palabras: si la adopción disuelve el vínculo con la familia biológica del adoptado, el Estado tiene el deber de proporcionar un marco de protección para el niño, como el que otorga la familia matrimonial

Más aún, nuestra legislación sobre matrimonio civil, sostiene que *“la familia es el núcleo fundamental de la sociedad.”* Y *“El matrimonio es la base principal de la familia”*¹². La ley no dice que el matrimonio es la única base de la familia, sino que señala que es la **principal**, y por tanto, la que se prefiere antes que todas.

ii. Estabilidad de la familia adoptiva

Hay también otro argumento para preferir al matrimonio como postulante a adopción, y tiene que ver con la estabilidad que ofrece la familia matrimonial. Esta estabilidad es fundamental para que la familia sustitutiva pueda otorgar los afectos y el cuidado necesarios para el niño. Pues esos afectos y cuidados debe ser estables, y no interrumpidamente. Esta estabilidad permea toda nuestra legislación de familia, por ejemplo, el artículo 225-2

El matrimonio, como vínculo jurídico entre un hombre y una mujer, asegura esta estabilidad. Nuestra legislación define al matrimonio como *“un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen actual e **indisolublemente**, y por toda la vida, con el fin de vivir juntos, de procrear, y de auxiliarse mutuamente.”*¹³

Por consiguiente, tanto la naturaleza del matrimonio, como los derechos y obligaciones que emanan de él¹⁴, aseguran la estabilidad de la familia que surge de este vínculo jurídico.

En otras palabras: **la existencia de un orden de prelación que prefiera a los matrimonio como postulantes, no es arbitraria, sino que tiene en cuenta precisamente el interés superior del niño, que exige, para su debida educación, una familia estable, que se asemeje a su familia biológica.**

No preferir a los solteros, viudos o divorciados, no es una decisión arbitraria, sino que encuentra su fundamento en el interés superior del niño. De ahí que, si no es posible

¹¹ MAZZINGHI, J.A. Derecho de Familia, Desalma, 3ª Edición, B. Aires, 1999, T IV., p.212.

¹² Artículo 1º, ley 19.947, sobre matrimonio civil.

¹³ Artículo 201º, Código Civil.

¹⁴ Título VI, de Obligaciones y Derechos de los Cónyuges, Libro Primero, Código Civil (artículo 131 y s.s.): guardarse fe, socorrerse mutuamente, fidelidad (se pena el adulterio como falta grave), vivir en el hogar común, proveer de las necesidades familiares.

ofrecerle la familia más idónea para el niño –la matrimonial-, puedan las demás personas optar a la adopción en segundo orden de preferencia.

II. LOS CONVIVIENTES CIVILES QUE HAN CELEBRADO UN ACUERDO DE UNIÓN CIVIL, NO PUEDE SER PARTE POSTULANTES A LA ADOPCIÓN.

Dos comentarios finales sobre la adopción por parte del AUC y la adopción por parte de parejas homosexuales.

a. NO ACUERDO DE UNIÓN CIVIL EN ORDEN DE PRELACIÓN (el ejecutivo también contempla un orden de prelación)

No parece razonable que los convivientes vinculados en virtud de un Acuerdo de Unión Civil, estén en el mismo orden de preferencia que los cónyuges unidos por vínculo matrimonial.

La razón de esto es muy sencilla: el acuerdo de unión civil, al no generar obligaciones familiares entre los convivientes, no asegura la estabilidad necesaria para la educación y cuidado del niño. Precisamente, el AUC se caracteriza -y así lo quisieron quienes propiciaron esta ley¹⁵- por ser una unión disoluble, que no contempla las mismas obligaciones familiares que el matrimonio, y cuyo término puede depender, incluso, de la sola voluntad de uno de los convivientes¹⁶, poniendo en riesgo la estabilidad necesaria para que la familia sustitutiva ofrezca un ambiente de afecto y cuidado permanente y estable para el niño.

Por esto mismo, nuestra legislación, si bien concede filiación a través de adopción a personas solteras, viudas o divorciadas, **no lo hace respecto de convivientes, pues entienden que dicha unión no ofrece la estabilidad necesaria para el cuidado y educación de los niños.** La misma argumentación vale para las personas vinculadas por un acuerdo de unión civil: por las características del vínculo que contraen, no es posible que cumplan los mismos fines que una pareja unida por el vínculo matrimonial. Los efectos del AUC, es decir, los derechos y deberes que emanan de él, son meramente económicos, y NO hay obligaciones ni derechos familiares.¹⁷

b. ADOPCIÓN HOMOSEXUAL

Respecto de las parejas homosexuales, que de aceptarse el AUC como postulante a adopción, podrán adoptar, cabe una argumentación similar, aunque con algunos comentarios particulares.

¹⁵ El Movilh pretendía, a través de esta ley, regular la situación de las “uniones de hecho”, sin que tuviera los efectos personales del matrimonio que son, en su opinión, de gran envergadura.

(<http://www.movilh.cl/documentacion/pactounioncivil.pdf>).

¹⁶ Artículo 26 letra e, ley 20830, que crea el Acuerdo de Unión Civil.

¹⁷ Título IV, de los efectos del acuerdo de unión civil, ley 20.380 (artículo 14): deberán ayuda mutua. Asimismo, estarán obligados a solventar los gastos generados por su vida en común, de conformidad a sus facultades económicas y al régimen patrimonial que exista entre ellos.

Hemos dicho que la semejanza a la familia de origen o biológica y la estabilidad, justifican que la unión matrimonial sea la que ocupe el primer orden de preferencia. Sin embargo, las parejas homosexuales vinculadas a través de un acuerdo de unión civil, no cumplen con ninguna de dichas características.

En primer lugar, debido a que el niño no estaría bajo el cuidado de un hombre (padre) y una mujer (madre), sino de una pareja del mismo sexo. En este sentido, la filiación se entregaría a ambos en calidad de padre-padre o madre-madre, lo que contravendría el sentido primario del derecho de familia, que se funda en la familia originada por un vínculo entre personas de distinto sexo.

En segundo lugar, dado que dicha unión también se caracteriza ser una unión esencialmente disoluble, que no genera obligaciones entre los cónyuges, y que pone en riesgo la educación y cuidado del niño, al no asegurar la estabilidad.

De hecho, para la opinión pública, a pesar de que existe un porcentaje importante que frente a la pregunta sobre si los homosexuales tiene derecho a casarse responde positivamente (51%), existe un porcentaje igualmente importante que frente a la pregunta sobre si las parejas homosexuales deberían tener derecho a adoptar, responde negativamente (50%). *“La aprobación del matrimonio homosexual se ha empujado por encima del 50% en el país con un punto importante de inflexión en el último año. Sin embargo, los chilenos tienen muchas más dudas respecto de otorgarles a las parejas homosexuales la capacidad de adoptar hijos.”¹⁸*

III. CONCLUSIONES

1. Consideramos que el orden de prelación debe mantenerse, y que éste debe tener como primera preferencia a los matrimonios.
2. En segundo lugar, consideramos que las uniones cuyo vínculo es un acuerdo de unión civil no deberían, por sus propias características, poder optar a ser postulantes a la adopción, como tampoco lo son las parejas convivientes.
3. Especial reparo presentamos frente a la opción de que parejas homosexuales puedan adoptar, dado que, por sus propias características, no logran generar el ambiente ideal para que el niño pueda ser educado y cuidado.
4. De ser incorporado el AUC al orden de prelación, debe ir en tercer lugar, luego de los matrimonios y las personas solteras, viudas y divorciadas.
5. Finalmente, advertimos que toda pretensión que tenga por fin modificar la legislación de adopción, para proteger, amparar o promover algún principio o

¹⁸ Encuesta Nacional Bicentenario, Universidad Católica – Adimark, año 2014, p. 66.
(<http://encuestabicentenario.uc.cl/wp-content/uploads/2014/11/UC-Adimark-2014.pdf>)

interés diferente del interés superior del niño, debe ser rechazado o secundario al interés superior del niño, que siempre debe primar. Por esta razón, la pretensión de igualdad de las parejas homosexuales, que constantemente se expone en el debate público, independiente de su legitimidad o ilegitimidad, no debe justificar en ningún caso, a riesgo de caer en una instrumentalización de la adopción, una modificación de la presente ley en debate.