

UNIVERSIDAD AUSTRAL DE CHILE
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
ESCUELA DE DERECHO



“EL DERECHO A LA IDENTIDAD EN LA FILIACION ADOPTIVA”

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE LICENCIADO EN CIENCIAS
JURIDICAS Y SOCIALES.

Alumno: Mónica Alejandra Aguilar Matus
Profesor Patrocinante: Sra. Susan Turner Saelzer

Valdivia, Diciembre de 2006.

Informe de memoria de prueba

Me corresponde informar la memoria de prueba para optar al grado de Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales presentada por doña Mónica Alejandra Aguilar Matus, denominada "El derecho a la identidad en la filiación adoptiva".

El trabajo se centra en tres ejes temáticos: el estudio del denominado "derecho a la identidad" como derecho fundamental de toda persona a conocer su origen biológico, un análisis de la manera en que este derecho ha sido recogido por la normativa chilena sobre filiación adoptiva y por último, la presentación crítica de los conflictos que el reconocimiento del derecho a la identidad acarrea en la adopción en atención a la naturaleza del vínculo que ésta crea entre adoptado y adoptante. Esta sistematización de fondo se ve reflejada sólo en parte por la estructura de la memoria de prueba que podría haber recogido de mejor manera los ejes temáticos señalados.

En la parte de la investigación referida al derecho a la identidad (punto 2.), la postulante presenta algunas visiones doctrinales del referido derecho, caracterizándolo y fundamentando su existencia. La revisión de las fuentes de derecho internacional es suficiente, no así la de las fuentes nacionales.

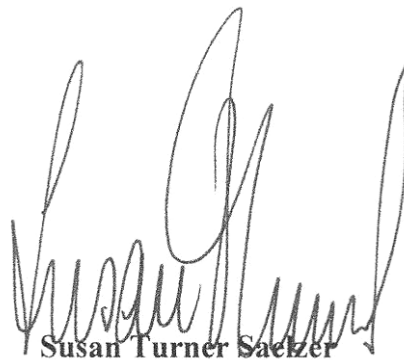
El análisis del derecho a la identidad y la filiación adoptiva (punto 3.) aborda someramente las teorías sobre la naturaleza jurídica de la adopción identificando los intereses contrapuestos que se enfrentan en este tipo de filiación entre el derecho del adoptado de conocer quiénes son sus progenitores biológicos y la necesidad de preservar el vínculo no genético a que dio lugar el derecho a través de la sentencia de adopción. Esta parte medular del trabajo pudo haber sido estudiada con mayor profundidad y claridad conceptual. Quedan de manifiesto aquí ciertas dificultades de la postulante para trabajar con las fuentes bibliográficas y de extraer, a partir de ellas y sin necesidad de citas textuales, conclusiones propias. Interesante, aunque muy somero, resulta el análisis de la evolución que ha tenido el derecho a la identidad en las distintas leyes nacionales reguladoras de la filiación adoptiva. La jurisprudencia extranjera citada podría haberse sistematizado de manera más efectiva para extraer ideas generales sobre los problemas a que da lugar el derecho a la identidad en la adopción.

El estudio del derecho a la identidad en la actual normativa sobre adopción de la ley 19.620 (punto 4.) se refiere en primer lugar a los antecedentes de la materia en la discusión parlamentaria de la ley en cuestión. Allí la postulante presenta un interesante panorama de la evolución sufrida durante la tramitación por la ley de adopción. En los acápites referidos

a la compatibilidad entre adopción y derecho a la identidad abundan las afirmaciones de orden psicológico-sociológico, sin el respaldo bibliográfico necesario, que no enriquecen el trabajo desde un punto de vista jurídico como sí lo hace la revisión de las normas que dentro de la ley 19.620 se refieren, expresa o tácitamente, al derecho a la identidad (punto 4.5).

En general, estimo que se trata de un trabajo de investigación relativamente ordenado y fundamentado, que contiene algunas reflexiones propias de la autora dignas de resaltarse pero que denota, asimismo, dificultades en el análisis bibliográfico y en la utilización del lenguaje jurídico. El régimen de citas es adecuado y suficiente.

Por lo expuesto, califico la presente memoria de prueba con nota 5,0.



Susan Turner Saez

Profesora Derecho Civil
Instituto de Derecho Privado y Ciencias el Derecho

INDICE

1.- Introducción.....	p 04
2.- El Derecho a la Identidad.....	p 04
2.1.- Concepto de derecho a la Identidad.....	p 04
2.2.- Características del derecho a la Identidad.....	p 09
2.3.- Fundamentos del derecho a la Identidad.....	p 11
2.4.- El reconocimiento del derecho a la Identidad y sus implicancias para ciertas materias.....	p 12
2.5.- Fuentes Internacionales.....	p 13
2.5.1.- Convención Americana sobre Derechos Humanos.....	p 14
2.5.2.- Convención sobre Derechos del Niño... ..	p 14
2.5.3.- Convención sobre Protección del Niño y Cooperación en Materia de Adopción Internacional.....	p 14
2.6.- Fuentes Nacionales.....	p 15
2.6.1.- Constitución Política de la República.....	p 15
2.6.2.- Código Civil.....	p 16
2.6.3.- Ley de Adopción.....	p 17
3.- El Derecho a la Identidad y la filiación adoptiva.....	p 17
3.1.- Concepto de Adopción.....	p 17
3.2.- Teorías sobre la naturaleza jurídica de la adopción.....	p 18
3.3.- Principios o intereses enfrentados entre el Derecho a la Identidad y la Filiación Adoptiva.....	p 19
3.4.- Soluciones otorgadas por la ley y la Jurisprudencia.....	p 22
3.4.1.- Evolución histórica de nuestra legislación adoptiva.....	p 22
3.4.1.1.- Ley 7.613.....	p 23
3.4.1.2.- Ley 16.346.....	p 24
3.4.1.3.- Ley 18.703.....	p 26
3.4.2.- La adopción en la Convención de Derechos del Niño.....	p 27
3.4.3.- Jurisprudencia nacional.....	p 29
3.4.4.- Jurisprudencia extranjera.....	p 31
3.4.4.1.- Argentina.....	p 31
3.4.4.2.- España.....	p 32
4.- El Derecho a la Identidad en la ley 19.620.....	p 35

4.1.- Antecedentes de la discusión parlamentaria de la ley 19.620.....	p 35
4.2.- Principales aspectos de la nueva ley de adopción.....	p 38
4.3.- Compatibilidad entre adopción y Derecho a la Identidad del menor adoptado..	p 40
4.3.1.- El desarrollo de la Identidad y de la autoestima.....	p 43
4.3.2.- Información genética.....	p 44
4.3.3.- Derecho a la Identidad.....	p 45
4.4.- Soluciones a los posibles conflictos.....	p 46
4.5.- Consagración del Derecho a la Identidad en la Ley y sus excepciones.....	p 47
4.6.- Otras normas que complementan a la Ley de Adopción en el respeto al Derecho a la Identidad.....	p 50
5.- Conclusiones.....	p 51
6.- Bibliografía.....	p 53

1.- INTRODUCCION

El denominado Derecho a la Identidad o Derecho a conocer su propio origen, constituye uno de los derechos fundamentales reconocidos a todo niño en la Convención de Derechos del Niño.

El análisis de su reconocimiento y ponderación en la Adopción se justifica en cuanto ésta constituye un tipo de filiación basada en una sentencia judicial, y no en el hecho biológico de la procreación. El derecho asimila un vínculo constituido por él mismo, a uno que emana de un hecho natural. Sin embargo, esta asimilación no puede desconocer que el adoptado nació de una madre y que tiene un padre biológico y, por consiguiente, coexistirán dos vínculos filiativos con fundamentos distintos. El ordenamiento jurídico debe hacerse cargo del posible conflicto de intereses que surja entre los involucrados: Adoptado-adoptantes y padres biológicos.

2.- EL DERECHO A LA IDENTIDAD

2.1.- CONCEPTO DE DERECHO A LA IDENTIDAD:

La doctrina ha dado diversos conceptos de Derecho a la Identidad, asignándoles diversos contenidos y ámbitos de aplicación. Refiriéndose específicamente a los niños, Delia del Gatto señala que el Derecho a la Identidad debe ser entendido como “un atributo de la persona humana, Derecho Humano absoluto, personal, inalienable e imprescriptible, objeto de protección nacional e internacional”¹.

El Derecho a conocer cual es el origen, el tronco común y la familia extendida, se constituye para cada niño en información imprescindible para configurar y definir su razón de existir en el mundo, por cuanto es una tarea del desarrollo que cada persona debe cumplir para llegar a constituirse en un adulto integrado.

¹⁻² DEL GATTO REYES, Delia, *Taller Regional sobre el Derecho a la Identidad de niños y adolescentes en el MERCOSUR.*, 25-26 de Septiembre de 2000, Buenos Aires, Argentina, www.iadb.org/intal/foros/del_gatto_reyes.pdf, pp. 1-5

En su exposición, en el Taller regional, realizado en Buenos Aires, Delia del Gatto señala que nuestra jurisprudencia se refiere a el derecho a la identidad, como “el derecho a conocer su origen, comprendiendo en ello, el derecho a conocer quienes son sus padres, lo que contiene una idea de persona como portadora de derechos subjetivos, la cual y en virtud de elementos inherentes a su naturaleza, requiere su eficaz protección”².

El Derecho a la Identidad contiene una idea de persona como portadora de los derechos subjetivos, la cual en virtud de los elementos inherentes a su naturaleza, requiere su eficaz protección. El Derecho a la Identidad, en su estrecha relación con la autonomía, identifica a la persona como un ser que se autodetermina, se auto posee, se autogobierna, es decir es dueña de sí y de sus actos. El derecho a la Identidad personal es un Derecho de significación amplia, que engloba otros derechos. Supone un conjunto de atributos, de calidades, tanto de carácter biológico, como los referidos a la personalidad que permiten precisamente la individualización de un sujeto en sociedad. Atributos que facilitan decir que cada uno es el que es y no otro. El Derecho a la Identidad, en cuanto determina al ser como individualidad, comporta un significado de Dignidad Humana, y en esa medida es un derecho a la libertad, tal reconocimiento permite la posibilidad de desarrollar su vida, de obtener su realización, es decir, el libre desarrollo de su personalidad.

El derecho de toda persona a conocer su identidad de origen figura entre los derechos y prerrogativas esenciales e intransferibles del hombre y de la sociedad que deben ser considerados garantías implícitas aún cuando no estén consagrados expresamente en la Constitución Nacional. En la averiguación de la verdad biológica no están en juego solamente intereses privados sino que lo es el interés público como lo es el estado de las personas. Existe una responsabilidad social de garantizar al niño su derecho a conocer su origen.

Gissella López, refiriéndose a las acciones de filiación establecidas por la ley 19.585, señala que uno de los principios inspiradores de la reforma es el derecho a la identidad. En pocas palabras, puede decirse que “este es un derecho autónomo y abarca

los siguientes ámbitos: (i) el derecho a la identificación y (ii) el derecho a conocer el origen biológico”³.

En consecuencia, las personas pueden practicar las investigaciones acerca de su origen, y el Estado debe contribuir con los medios necesarios para que accedan a fuentes veraces de información. Por ello, un buen sistema de acciones de filiación, debe ser un mecanismo suficiente y capaz de materializar estos fines. Esto no es una concesión del Estado sino un derecho esencial. En la medida que una persona no tenga conocimiento del principio de su vida ni de sus raíces, le será más difícil construir o desarrollar su identidad futura.

Es por ello, que es importante, a juicio de este autor, ir descubriendo las inconsistencias existentes en esta ley, que olvidan la primacía (al menos de una manera inicial) de la verdad biológica. Privar a una persona de conocer y posteriormente gozar de los derechos que esa verdad biológica conlleva, implican privar a una persona de su derecho a establecer las bases de su personalidad.

Alejandro Bonasso al comentar la Convención sobre los Derechos del Niño señala que es importante establecer una breve definición de lo que se entiende por “identidad”, ya que la Convención no lo hace en ninguno de sus artículos y dado que cada ser humano tiene una identidad acorde a sus únicas e irrepetibles circunstancias y dimensiones espacio-temporales.

Señala el autor que el Derecho a la identidad es un derecho humano esencial, lo define como “el interés existencial que tiene cada persona de no ver alterada, desnaturalizada, o negada la proyección externa o social de su personalidad”. Que no se discuta, distorsione, recorte o niegue lo que constituye el esencial patrimonio cultural del sujeto, integrado por una multiplicidad de variados aspectos como son, entre otros:

³ LÓPEZ, Gissella, *Algunas consideraciones sobre las acciones de filiación*, www.lasemanajuridica.cl, Chile, última visita Mayo 2003, p.1

la identidad de origen, la identidad familiar, intelectual, política, religiosa, social y profesional de cada persona.⁴

Por su parte un autor argentino señala que dentro de los llamados derechos de tercera generación, propios del llamado Estado de Cultura, viene cobrando vigencia lo que se ha denominado derecho a la identidad personal, entendido como “el que tiene todo ser humano a ser uno mismo, en su compleja y múltiple diversidad de aspectos”⁵.

Una de las facetas más relevantes de este derecho es el derecho de todo niño a ser registrado inmediatamente después de su nacimiento, a tener un nombre, una nacionalidad, y en la medida de lo posible a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos.

El concepto de identidad personal tiene un aspecto estático y otro dinámico, y es más amplio, que el normalmente aceptado, restringido a la identificación (fecha de nacimiento, nombre, apellido y aún estado civil). Conocer cual es su específica verdad personal es, un requisito para la dignidad de la persona, para su autodeterminación, y está íntimamente vinculada a la libertad.

El llamado aspecto dinámico del derecho a la identidad, según este autor, se funda en que el ser humano, en tanto unidad, es complejo y contiene una multiplicidad de aspectos esencialmente vinculados entre si, de carácter espiritual, psicológico o somático, que lo definen e identifican, así como existen aspectos de índole cultural, ideológica, religiosa o política, que también contribuyen a delimitar la personalidad de cada sujeto. El conjunto de estos múltiples elementos caracterizan y perfilan el ser uno mismo, diferente a los otros.

⁴ BONASSO, Alejandro, *Seminario Permanente de Educación en Derechos Humanos*, Universidad de la República, Facultad de Derecho, 20 de Junio de 2001, www.iin.oea.org/ponencia_derecho_a_la_identidad.htm, Pp.1-2

⁵ MOLINA QUIROGA, Eduardo y otros, *Protección constitucional del derecho a la identidad del hijo extramatrimonial*, Asociación de Abogados de Buenos Aires, Argentina, 1999, p. 2

Para Fernández Sessarego, la identidad personal es “el conjunto de atributos y características que permiten individualizar a la persona en sociedad. Es todo aquello que hace que cada cual sea uno mismo y no otro”.⁶

Esta identidad se despliega en el tiempo y se forja en el pasado desde el instante mismo de la concepción donde se hallan sus raíces y sus condicionamientos pero traspassando el presente existencial, se proyecta al futuro. Es fluida, se crea con el tiempo, es cambiante.

Pero además la personalidad muestra un aspecto estático. Cuando nos hallamos frente a una persona nos enfrentamos con una imagen y un nombre. El sujeto ha sido identificado primariamente.

El patrimonio ideológico cultural de la persona lo constituyen sus pensamientos, opiniones, creencias, comportamientos que se explayan en el mundo de la intersubjetividad. Es el bagaje de características y atributos que definen la verdad personal.

Entonces el derecho a la identidad supone la exigencia del derecho a la propia biografía, es la situación jurídica subjetiva por la cual el sujeto tiene derecho a ser fielmente representado en su proyección social.

Para D’Antonio, el derecho a la identidad es un presupuesto de la persona, considerado como bien personal tutelado por el Derecho objetivo. Define entonces el derecho a la identidad como “el presupuesto de la persona que se refiere a sus orígenes como ser humano y a su pertenencia abarcando su nombre, filiación, nacionalidad, idioma, costumbres, cultura propia y demás elementos componentes de su propio ser”.⁷

⁶ FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, *Derecho a la Identidad Personal*, Editorial Astrea, 1992, Argentina, pp. 6-7.

⁷ D’ANTONIO, Daniel Hugo, *El derecho a la identidad y la protección jurídica del menor*, Editorial Astrea, 1998, Argentina, pp. 1297 y ss.

Miriam Ferrari señala que en la identidad de la persona se encuentra la específica verdad personal que es la cognición de aquello que se es realmente, lo que el sujeto anhela conocer y desentrañar (verdad de origen), como así también comprende una multiplicidad de elementos de carácter cultural y espiritual.

Define al derecho a la Identidad como “el derecho subjetivo a la verdad personal, comprensivo del derecho a la verdad de origen y de la prerrogativa individual a la exacta representación de la proyección social singular. En suma, es el derecho al respeto de “ser uno mismo”.⁸

El artículo 7 de la Convención sobre los derechos del Niño señala que este derecho consiste “en que todo niño o niña tiene derecho a ser inscrito inmediatamente después de su nacimiento; a tener un nombre desde que nace y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos”.

2.2.- CARACTERÍSTICAS DEL DERECHO A LA IDENTIDAD:

Fernández Sessarego, señala que la jurisprudencia italiana ha puesto de relieve tres notas características del derecho a la identidad:⁹

1.- Carácter omnicomprendivo de la personalidad del sujeto, representando la totalidad de su patrimonio cultural, cualquiera sea su específica manifestación, lo que cada uno realmente es y significa en su proyección existencial.

2.- Objetividad: La identidad personal está anclada en la verdad, no en sentido absoluto, sino como la “realidad cognoscible según los criterios de la normal diligencia y de buena fe subjetiva”

3.- Exterioridad: Se refiere al sujeto en su proyección social, su coexistencialidad.

⁸ FERRARI, Miriam, *El derecho a la identidad personal*, http://usuario.lycos.es/Miriam_Ferrari/doc.html, Argentina, última visita Junio de 2004, pp.1-2

⁹ FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos; op.cit., p. 10-12

Enrique Farsi, establece un nuevo concepto denominado Derecho Genético¹⁰, y al respecto señala que el derecho a la identidad se ha especializado con la identidad genética y ha aparecido un nuevo derecho, el de conocer el propio origen biológico y su garantía, cual es la promoción constitucional de la investigación de la paternidad.

Propone que el derecho a la identidad personal se desdobra en dos facultades especiales:

A.- El derecho a la propia herencia genética, que se vulnera a través de la manipulación genética al variarse la información natural del ser humano (investigaciones científicas, terapias genéticas).

B.- El derecho al propio “hábitat” natural que le proporcionan sus progenitores, se ve afectado cuando se aísla o aparta al concebido del medio que le es propio, situándolo en otro distinto, sea en la etapa pre o post natal (cesión de material genético – anonimato- o embriones – maternidad subrogada - ,fecundación post mortem).

María Quesada señala que puede distinguirse en cuanto a su contenido:¹¹

1.- El poder jurídico que tiene toda persona para reclamar ante los tribunales su verdadera filiación, o bien para impugnar la que ostenta, para luego investigar y determinar la verdadera, de manera de poder exigir todos los derechos que ello conlleva (personales y patrimoniales)

2.- Los límites que necesariamente debe reconocer este derecho (como todo derecho en general), consistentes en respetar derechos y posiciones jurídicas subjetivas de otras

¹⁰ FARSI ROSPIGLIOSI, Enrique, *Libro Derecho Genético*, capítulo Quinto “ Identidad Genética”, <http://comunidad.derecho.org/dergenetico/LibDerGenC5.html>, Perú, última visita Mayo 2004, p.18

¹¹ QUESADA GONZÁLEZ, María Corona, *El derecho (¿constitucional?) a conocer el propio origen biológico*, Anuario de Derecho Civil, Madrid, 1994, pp. 239 a 244.

personas, como el derecho al honor y a la intimidad personal y familiar; o bien principios jurídicos fundamentales como el de la seguridad jurídica.

El derecho al conocimiento de la verdadera filiación entraña la realización de principios constitucionales fundamentales, puesto que dignifica a la persona y contribuye a lograr el libre desarrollo de la personalidad, normalmente desde una doble perspectiva: material y espiritual.

En el mismo sentido se manifiesta Rivero, que señala que “esta es una cuestión que habría que llevar incluso al terreno de los derechos de la personalidad, y tener una protección y tratamiento a ese nivel”.

Agrega el citado autor que “el conceder a todo nacido el buscar y poder encontrar jurídicamente a sus padres es un derecho que a nadie le puede ser negado, es o debe ser un auténtico derecho de la personalidad”¹²

2.3.- FUNDAMENTOS DEL DERECHO A LA IDENTIDAD:

La doctrina española encuadra este derecho dentro de los llamados “derechos de la personalidad”. Sin entrar al fondo de la discusión acerca de la naturaleza jurídica de los mismos, y partiendo de la base que se trata no de simples derechos subjetivos, sino de situaciones o posiciones jurídicas subjetivas que llevan consigo un poder o derecho subjetivo, con deberes y restricciones acerca de su ejercicio, se dice que el derecho a conocer el propio origen biológico es perfectamente encasillable dentro de la categoría de los derechos de la personalidad, debiendo incluso ocupar un lugar destacado dentro de su categorización.

La existencia del derecho de toda persona a conocer el propio origen, puede darse también en Chile. Susan Turner estima, que también puede configurarse como un derecho de la personalidad, cuyo fundamento último lo encontramos en la dignidad

¹² RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco, *La filiación en Cataluña en el momento actual*, Temes de pret Civil catalá, Quaderns de ciencias socials, núm. 6, 1984, p. 143.

de la persona y al deber que tiene el Estado de crear las condiciones para la mayor realización espiritual y material posible de las personas (artículo 1 CPE).¹³

María Quesada¹⁴ dice que el origen del derecho a conocer la propia identidad biológica está relacionado con el desarrollo del tratamiento jurídico de la filiación que se produjo en Alemania por el influjo de la ideología nacionalsocialista, que sentía como necesario el poder distinguir a los sujetos de raza aria de los que no lo eran. Para estos efectos, se empezó a reconocer por la jurisprudencia el derecho del hijo no matrimonial a la declaración de la filiación biológica.

Con el término del régimen nacionalsocialista, la doctrina alemana fundamentó la procedencia de esta acción en que el derecho a conocer la propia identidad es un derecho de la personalidad.

2.4.- EL RECONOCIMIENTO DEL DERECHO A LA IDENTIDAD Y SUS IMPLICANCIAS PARA CIERTAS MATERIAS:

Entre los muchos temas relacionados con la cuestión de la identidad se encuentran: la adopción tanto nacional como internacional, la fecundación asistida, el tráfico y venta de niños y niñas, el secuestro internacional, la explotación sexual o laboral, la sustracción de menores por uno de sus padres, entre otros.

Se menciona a la adopción explícitamente por la importancia que tiene que el niño conozca su verdad biológica e histórica, ya que de lo contrario se puede estar afectando en forma grave la constitución de la propia identidad del niño o de la niña. El niño y la niña tienen derecho a conocer la identidad de sus padres.

¹³ TURNER SAELZER, Susan y otros, *Técnicas de reproducción humana asistida. Una perspectiva desde los intereses del hijo*, Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile, Valdivia, Volumen XI, Diciembre 2000, p. 16

¹⁴ QUESADA GONZÁLEZ, María Corona, op.cit pp. 239 a 244.

Alejandro Bonasso señala que “La identidad de un sujeto, la identidad de un ser humano es, además de su propia historia, también la historia de la familia de la cual se proviene, la identidad de los padres no es ajena a la identidad de los niños”¹⁵

Un tema que también toca la cuestión de la identidad es la fecundación asistida. Una interrogante propia de nuestros tiempos es la de qué sucede con la identidad de los niños que nacen a través de estos métodos. Prácticamente ninguno de los países latinoamericanos posee legislaciones ni ha estudiado lo suficiente las implicancias de algo pensando en beneficio del adulto y no del niño o de la niña que se hace nacer para reparar la disfunción de una pareja o de uno de sus miembros. Los Estados deben regular estos temas, adoptando una postura definida en cuanto a la ingeniería y a la manipulación genética, ya que esos aspectos pueden afectar radicalmente el derecho a la identidad de una persona.

2.5.- FUENTES INTERNACIONALES:

En el Estado chileno, los instrumentos internacionales suscritos, una vez aprobados por el Congreso Nacional y promulgados por el Presidente de la República, son incorporados en calidad de derecho interno, en virtud del artículo 5° de la Constitución Política.

El reconocimiento explícito del derecho a la identidad por parte del ordenamiento chileno y la entrega de herramientas efectivas para su concreción, constituyen los cimientos para dar paso a la reforma iniciada por el Servicio Nacional de Menores de Chile¹⁶, en que el reconocimiento de los derechos humanos de los niños, importa un paso en su constitución como sujetos jurídicos con derechos subjetivos frente a los adultos y al Estado; en definitiva permite investir a los niños de la titularidad de los derechos que se les reconocen. Así, los niños comienzan a salir de la indiferencia jurídica y del ámbito de la subordinación privada, para pasar a convertirse en un asunto público, en una existencia valiosa y vulnerable, que debe ser protegida.

¹⁵ BONASSO, Alejandro, op.cit. p. 2.

¹⁶ DEL GATTO Reyes, Delia, op. cit. pp. 1-21.

2.5.1.- CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS:

La Convención Americana sobre Derechos Humanos “Pacto de Costa Rica”, ratificada por Chile, con fecha 14 de Agosto de 1990 y publicada en el Diario Oficial el 05 de Enero de 1991, señala en su artículo 17 N° 5, la obligación de los Estados de protección de la familia y de reconocer iguales derechos de los hijos nacidos dentro y fuera del matrimonio, en el artículo 18 el Derecho al nombre y en el artículo 19 los Derechos del niño. En su artículo 27, inciso 2º, señala expresamente que “ninguno de estos derechos podrá ser suspendido por causa de estados de excepción guerra interna o externa”.

2.5.2.- CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO:

Sin duda la Convención Internacional de los Derechos del Niño es la fuente por excelencia de el Derecho a la Identidad, más aún considerando que por su carácter Internacional, sobrepasa las fronteras, regulando todos aquellos ordenamientos jurídicos que han ratificado dicha Convención, haciéndola parte de su propia legislación.

En su artículo 8 señala, respecto de la protección y garantía que deben brindar los Estados respecto de el derecho a la Identidad, que tienen la obligación, cuando un niño o niña sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos, de prestar la asistencia y protección apropiada para permitir restablecer rápidamente su identidad.

2.5.3.- CONVENCIÓN SOBRE PROTECCIÓN DEL NIÑO Y COOPERACIÓN EN MATERIA DE ADOPCIÓN INTERNACIONAL:

Conocida También como “Convención de la Haya”, este tratado Internacional fue ratificada por Chile con fecha 22 de junio de 1999, y publicada en el Diario Oficial con fecha 02 de Agosto de 1999, por el decreto N° 1215, del Ministerio de Relaciones Exteriores.

En su artículo 30 señala que las autoridades de un estado contratante se asegurarán de que se conserve la información que tengan en su poder relativa al origen del niño, especialmente la relacionada con la identidad de sus padres y el historial médico. También se asegurarán de que el niño o sus representantes tengan acceso a dicha información con el asesoramiento adecuado y en la medida que sea autorizado por la ley del Estado.

2.6.- FUENTES NACIONALES:

Sin ahondar en profundidad en el tratamiento positivo de nuestra legislación en esta materia, se mencionarán las principales fuentes de nuestra legislación que se refieren al Derecho a la Identidad.

2.6.1.- CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA:

Dentro del Catálogo de Derechos, que nuestra Constitución menciona respecto de los derechos que se aseguran a las personas, en su artículo 19, no se menciona específicamente el Derecho a la Identidad; sin embargo, por remisión al artículo 5 inciso 2 de la Constitución se entienden incorporados a nuestra legislación, los Tratados Internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes.

Se discute en doctrina acerca del rango normativo de estos Tratados, especialmente los que se refieren a los denominados “Derechos Humanos”, pero existe consenso en establecer que a lo menos, estos tienen el rango de Ley.

Es por todo lo anterior, que se considera que el Derecho a la Identidad si se encuentra reconocido por nuestra legislación y debe ser amparado, procurando el legislador respetar su esencia al momento de regular esta materia; esto por mandato expreso del artículo 19 N° 26, que ordena no alterar la esencia de los Derechos reconocidos a los seres humanos.

2.6.2.- CÓDIGO CIVIL:

La ley 19.585 de 1999, vino a introducir importantes cambios al Código Civil que nos rige desde 1857, consagrándose en nuestro ordenamiento jurídico el Derecho a la Identidad como pilar fundamental de la legislación chilena, sobretodo en materia de filiación y adopción.

La ley de Filiación, recoge plenamente la tendencia universal del respeto de los derechos esenciales de la persona humana. Se inspira en una nueva filosofía jurídica, en principios antes ausentes en nuestra normativa, como son la igualdad de los seres humanos, la supremacía del interés superior del niño y el derecho a la identidad.

En términos concretos, la consagración o incorporación del derecho a la identidad en el derecho de familia chileno implica hacer prevalecer la verdad real, la verdad biológica del nexo de filiación sobre la verdad formal. Por ello, la ley de filiación consagra la posibilidad de investigar la paternidad y maternidad utilizando para ello toda clase de pruebas, incluidas las periciales de carácter biológico que antes no eran contempladas expresamente en el régimen filiativo original.

En las acciones que se otorgan a hijos y padres preside la verdad biológica pues se entiende que es necesaria para conocer un aspecto de la identidad de la persona que, como hemos dicho, es parte de sus derechos esenciales. Por ello el derecho de reclamar la filiación es imprescriptible e irrenunciable.

El derecho de los hijos a reclamar el establecimiento de su filiación no entra en la esfera de privacidad del progenitor, pues determinar dicha filiación no es algo privado del padre o la madre. Afecta el derecho del hijo a conocer su origen biológico, además de las múltiples consecuencias jurídicas que dependen de la precisión del nexo filiatorio.

2.6.3.- LEY DE ADOPCIÓN:

El legislador chileno se ha hecho cargo de la necesidad de preservar la identidad del menor, en el sentido de proporcionarle información, de que es adoptado y de las circunstancias de su adopción.

De acuerdo con el artículo 27 de la ley 19.620.-, el adoptado, mayor de edad y capaz, puede solicitar que el Servicio de Registro Civil, le informe sobre su filiación de origen, y pedir copias de la sentencia o del expediente de adopción, previa autorización judicial. Esta norma se complementa con lo establecido por el artículo 8.2 del Reglamento de Adopción que señala que en la asesoría psicosocial que se brinde a la familia, que decide entregar a un niño en adopción, se incluya una preparación, en el caso que el menor decida conocer su familia biológica.

3.- EL DERECHO A LA IDENTIDAD Y LA FILIACION ADOPTIVA

3.1.- CONCEPTO DE ADOPCIÓN:

Técnicamente la adopción es una medida de protección a las niñas, niños y adolescentes, que la ley establece, cuando dicha protección no puede ser brindada por su familia biológica, estableciéndose de este modo una filiación entre personas que por naturaleza no la tienen.

Hernán Corral Talciani define a la filiación adoptiva como “Una filiación puramente jurídica, que reposa sobre la presunción de una realidad no biológica, sino afectiva: a petición de una persona, el derecho establece artificialmente entre ella y otra persona una relación de padre (o madre) e hijo”.¹⁷

En la adopción se produce una especie de imitación de la filiación natural o biológica. Esta imitación puede en primer lugar consistir en la construcción de un vínculo jurídico específico análogo a la relación padre – hijo, pero que se superpone y no extingue la filiación biológica o bien, en un vínculo jurídico nuevo que otorga la

¹⁷ CORRAL TALCIANI, Hernán, *Adopción y filiación adoptiva*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2002, pp. 59-61

calidad de hijo al adoptado, otorgando los mismos derechos y obligaciones como si se tratara de un hijo biológico. En el primer caso, la relación de pertenencia a la familia de origen no se extingue, pero la potestad paterna corresponde a los adoptantes quienes tienen la responsabilidad y obligación de mantener, instruir y educar al adoptado. En el segundo caso en cambio, el vínculo con la familia de origen se extingue.

3.2.- TEORÍAS SOBRE LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA ADOPCIÓN:

La naturaleza jurídica de la adopción ha sido explicada de distintas formas a través del tiempo, pudiéndose señalar en la actualidad cuatro teorías:

a. La contractual, que deja a la voluntad de las partes su formulación, es decir, adoptantes y adoptado, voluntariamente, deciden celebrar el “contrato de adopción”.

Planiol y Ripert, Colin y Capitant lo definen como un "contrato solemne" concluido entre el adoptante y el adoptado. Prima en esta concepción el espíritu romanista civilista del acuerdo de voluntades del consentimiento, y el concepto que dominó la estructura familiar, es decir, el de los "Derechos poderes" el interés del padre de familia prescindiendo del interés del hijo de familia, del menor, quien consentía en entregar a un hijo en adopción, por distintas razones que no siempre significaban un mejor bienestar para el menor. Por ejemplo la denominada “adopción remuneratoria”, consagrada en el Código Civil francés de 1804 en que se posibilitaba adoptar a cualquier persona que hubiera salvado la vida del adoptante.

Esta teoría tuvo su mayor auge durante el siglo XIX, en que la adopción se concibe como un pacto de familia, una especie de convención entre el adoptado, su familia de origen y el o los adoptantes. Se habla de una adopción por contrato.

Planiol define a la adopción como “un contrato solemne, sometido a la aprobación de la justicia, que crea entre dos personas relaciones análogas a las que resultarían de la filiación legítima”. Por este pacto, el adoptado podía quedar sujeto a la patria potestad del adoptante y adquirir derechos en su sucesión hereditaria.¹⁸

¹⁸ PLANIOL, Marcel, *Traité élémentaire de Droit Civil*, Paris, 1915, Tomo I, p. 487.

b. La Teoría del Acto Condición, considerada así por autores como Julio Armando, Doldo Tristtan Narvaja, Héctor Lafaile, Julian, quienes señalan a la adopción como un acto jurídico sometido a formas particulares, por medio de las cuales los interesados ponen en movimiento en su provecho la institución de la adopción.¹⁹

c. La Teoría de institución, para unos de Derecho Privado²⁰, para otros de derecho de familia²¹, y para terceros los derechos de menores²². Los primeros señalan que es una institución fundada en un acto de voluntad del adoptante, nacida de la sentencia del juez en virtud al cual se establece entre dos personas una relación análoga la que surge de la filiación matrimonial. Análoga, más no igual, por tener características singulares. Los segundos indican que el vínculo adoptivo es una institución del derecho de familia y descansa en ese aspecto del derecho público que tiene todo el derecho de familia, y los terceros preconizan que la adopción es una Institución del Derecho de Menores que tiende a fines eminentemente de protección de ciertos menores. La adopción es entendida así como la institución jurídica solemne y de orden público, que crea entre los individuos relaciones de paternidad y filiación.

3.3.- PRINCIPIOS O INTERESES ENFRENTADOS ENTRE EL DERECHO A LA IDENTIDAD Y LA FILIACIÓN ADOPTIVA:

Conocer el tipo de filiación que cada ser humano tiene, forma parte del derecho a la identidad habiendo surgido nuevos derechos que tienden a su protección y determinación, como el derecho a la individualidad biológica y el derecho a conocer el

¹⁹ REVISTA INFANCIA Y ADOPCION, *¿Adoptar o no adoptar?*, <http://usuarios.lycos.es/adoptarono/derechos.htm>, Argentina, última visita Julio 2006, p.5

²⁰ MEDINA, Graciela, *Adopción*, Argentina, Editorial Rubinzal Culzoni, 1998, Tomo I, pp. 5-7.

²¹ MORALES, Antonia, *Adopción*, <http://www.universidadabierta.edu.mx/Biblio/M/Adopcion-Morales.htm>, México, última visita Julio 2006, p.5

²² MONROY CABRA, Marco Gerardo, *Derecho de familia y de menores*. Segunda Edición, Santa Fe de Bogotá, Colombia: Librerías Jurídicas Wilches, 1991. p. 99.

propio origen biológico, prerrogativas estas que son innatas al hombre (jus eminis naturae).

La filiación, en sentido genérico, es aquella relación que une a una persona con todos sus ascendientes y descendientes y la filiación, en sentido estricto, la que vincula a los hijos con sus padres y que establece una relación de sangre y de derecho entre ambos.

Planiol y Ripper dicen que la filiación es la relación que existe entre dos personas, de las cuales una es el padre o la madre de la otra²³. Méndez Costa la define como “el estado de familia que deriva inmediatamente de la generación con respecto del generado”. Para Cicu es el estado cuya característica es “que forma parte de una serie de relaciones que unen al hijo, no sólo con sus padres, sino con todos los parientes de sus padres”.

Según Doménico Barbero²⁴ la “filiación es, ante todo, ‘el hecho’ de la generación por nacimiento de una persona, llamada ‘hijo’ de otras dos personas, a quienes se llama ‘progenitores’”. Por su parte, partiendo de que la procreación es obra del padre y de la madre, Espín Cánovas, manifiesta que la filiación es aquella “relación existente entre una persona de una parte, y otras dos, de las cuales una es el padre y otra la madre de la primera”.

De ello tenemos que la filiación es consubstancial e innata al ser humano en el sentido que el status filii es un atributo natural, siendo aceptado y fomentado actualmente que toda persona debe conocer su filiación (derecho a conocer su propio origen biológico) no sólo para generar consecuencias legales sino para permitir la concreción y goce de su derecho a la identidad.

²³ MENDEZ COSTA, María Josefa, *Visión jurisprudencial de la filiación*, Argentina, editorial Rubinzal Culzoni, 1992, p.8

²⁴ BARBERO, Doménico, *Sistema de Derecho Privado*, traducido del italiano por Santiago Santís Melendo, Buenos Aires, 1967, Tomo II, p.107.

Todo ser humano cuenta con una filiación por el sólo y único hecho de haber sido engendrado, esta es la denominada filiación biológica (hecho físico o natural) que surge del acto propio de la concepción en relación a los progenitores. De allí que se diga que “la filiación humana está basada, pues, en la aportación de material genético con el que se produce la fecundación”²⁵. Para que surta efectos legales debe ser conocida conforme a Derecho, de manera tal que la filiación legal (hecho jurídico) es aquella que determina la ley (presunción matrimonial de paternidad o declaración judicial) o la voluntad procreacional del hombre (reconocimiento, adopción o posesión constante de estado), adquiriéndose la calidad de padre o madre.

La filiación está determinada por la paternidad y la maternidad de manera tal que el título de adquisición del estado de hijo tiene su causa en la procreación, constituyendo ésta el presupuesto biológico fundamental en la relación jurídica paterno filial. Sin embargo, esta relación puede constituirse sin hecho biológico (filiación sin procreación: adopción) o existir hecho biológico y no filiación (procreación sin filiación: expósitos) o no existir una procreación propiamente dicha y una filiación por determinarse (reproducción asistida y filiación indeterminada).

El problema surge cuando se intenta correlacionar el vínculo biológico con el jurídico. Mientras el biológico es natural, ilimitado y reservado en su determinación, el jurídico es creado, limitado y concreto en su establecimiento. Como vemos, se contraponen, hasta cierto punto.

Escapa del derecho la posibilidad de crear un vínculo biológico. Sólo lo puede reconocer o impugnar, de allí que el vínculo jurídico no es el elemento creador de la filiación, sino que es el elemento calificador y condicionante de la misma.

Enrique Farsi²⁶ señala que existen dos cuestiones elementales en lo que atañe a la filiación, a saber: el hecho biológico de la procreación y el acto jurídico de su prueba.

²⁵ FARSI ROSPIGLIOSI, Enrique, op. cit. p. 2

²⁶ FARSI ROSPIGLIOSI, Enrique, op.cit. pp.1-3

Estos dos presupuestos básicos relacionados a la filiación sientan sus bases en las ciencias biológicas, las que tienen como regla evidente el hecho de que cada hijo tiene necesariamente un padre que lo fecundó y una madre que lo alumbró. Sin embargo, para el derecho puede carecerse de uno de ellos o de los dos porque la procreación es un hecho productor de efectos jurídicos, pero entre estos no está necesariamente la atribución de un estado de filiación.

En el difícil conflicto entre dos derechos personalísimos de elevada jerarquía como son el derecho a la intimidad de la madre, y el derecho a la identidad del menor, deben conciliarse ambos aspectos teniendo en cuenta el interés superior del niño. Los sujetos obligados a respetar este derecho personalísimo de todo ser humano a conocer su identidad de origen (su verdad biológica) es la comunidad en su conjunto, que debe velar por su efectiva vigencia y el Estado, cuyos funcionarios deben tener al respecto conductas positivas.²⁷

Alfonso Banda señala que, el hijo tiene derecho a conocer su ascendencia genética y no se le puede impedir que conozca a sus progenitores biológicos, puesto que si se le priva de este derecho fundamental como ser humano, se está atentando contra su dignidad como persona²⁸.

3.4.- SOLUCIONES OTORGADAS POR LA LEY Y LA JURISPRUDENCIA:

En esta materia nos avocaremos a analizar principalmente como los llamados a solucionar los conflictos de nuestra sociedad, llámese legislador y tribunales de justicia, han evolucionado en orden a compatibilizar el Derecho a la Identidad del adoptado con la filiación adoptiva.

3.4.1.- EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE NUESTRA LEGISLACIÓN ADOPTIVA:

Hasta el 26 de Octubre de 1999 el sistema legal de adopción contemplaba un modelo múltiple de adopciones. Por un lado subsistía la adopción clásica de la ley

²⁷ MOLINA QUIROGA, Eduardo, op.cit. p.3

²⁸ BANDA, Alfonso, *Dignidad de la persona y reproducción humana asistida*, Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile, Valdivia, Volumen IX, Diciembre 1998, p.38.

7.613.- de 1943, que se aplicaba tanto a adoptados menores o mayores de edad, pero que no constituía el estado civil de hijo, y por otro, regía la ley 16.346 que establecía la legitimación adoptiva, cuyo objeto era conceder al adoptado, el estado civil de hijo legítimo de los legitimantes adoptivos con sus mismos derechos y obligaciones.

Finalmente regía el régimen jurídico de la ley 18.703.-, exclusiva para la adopción de menores de edad, el que a su vez consagraba la adopción simple y la adopción plena que sí confería el estado civil de hijo.

3.4.1.1.- LEY 7.613:

Primero que todo es menester destacar el hecho que al momento de dictarse esta ley, el 21 de Octubre de 1943, no regía la Convención Internacional de los Derechos del niño.

Esta ley establecía en su artículo 2º, que sólo pueden adoptar las personas naturales que tengan la libre disposición de sus bienes, que sean mayores de 40 años de edad y menores de 70, que carecieran de descendencia legítima, y que tengan, por lo menos, 15 años más que el adoptado. Sin embargo, podían también adoptar las personas que tuviesen descendencia legítima, cuando todos sus hijos vivos hubiesen llegado a la mayoría de edad y prestaran por escritura pública su consentimiento para ello.

En cuanto a la constitución de la adopción, el artículo 5º establecía que debía ser otorgada por escritura pública donde constara el consentimiento del adoptante y la aceptación del adoptado. La adopción debía ser siempre autorizada por la justicia ordinaria, con conocimiento de causa y previa audiencia de los parientes señalados en el inciso 1º del artículo 12, esto es, quienes podían oponerse a la adopción, tales como los ascendientes legítimos del adoptante y adoptado y los descendientes legítimos del adoptado. Finalmente la resolución que autorizaba la adopción se insertaba en la Escritura Pública correspondiente. Esta escritura se inscribía en el Registro Civil, correspondiente al domicilio del adoptado y se anotaba al margen de la inscripción de nacimiento del adoptado, según lo disponía el artículo 7º de la ley.

La adopción sólo hacía nacer relaciones entre adoptado y adoptante, y respecto de terceros, el artículo 13 señalaba que produciría efectos desde que se inscribiese en el Registro Civil la Escritura respectiva.

El artículo 14 señalaba que el adoptado podía tomar el o los apellidos de los adoptantes, manifestándolo así en la escritura pública de adopción. Por esta circunstancia no se alteraba la partida de nacimiento del adoptado, pero al margen de ella se hacía la anotación correspondiente. Los descendientes legítimos del adoptado podían también seguir usando los apellidos de los adoptantes.

El adoptante ejercía la patria potestad o la guarda del adoptado incapaz, pero no tenía el derecho de usufructuar los bienes del adoptado, así lo estipulaba el artículo 15, en relación con el artículo 18 de esta ley. El adoptado sin ser legítimo, tenía derechos en la sucesión abintestato del adoptante que se asimilaban a la de los hijos naturales. El artículo 24 establecía claramente que, en la sucesión intestada del adoptante, el adoptado sería tenido, sólo para estos efectos, como hijo natural.

Finalmente en el artículo 32 de la ley, se establecían las causales de cese de la adopción, al respecto señalaba que la adopción podía expirar por mutuo disenso de las partes, por sentencia judicial fundada en ingratitud del adoptado, por voluntad del adoptado mayor de edad manifestada en escritura pública dentro del plazo de un año desde que cesara su incapacidad y por privación de la patria potestad del adoptante sobre el adoptado.

Esta ley, con algunas modificaciones, se mantuvo vigente hasta el 27 de Octubre de 1999, fecha en que entró en vigencia la actual ley de Adopción N° 19.620, la cual establece en su artículo 45 la derogación expresa de la ley N° 7.613.

3.4.1.2.- LEY 16.346

También conocida como la ley que establece la legitimación adoptiva²⁹, comenzó a regir con fecha 20 de Octubre de 1965, procuraba dar cumplimiento a las

²⁹ VALLE PONCE, Sergio; *De la legitimación adoptiva en nuestra legislación positiva (Antecedentes y análisis de la Ley N° 16.346)*; Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1970, p.42.

recomendaciones del IX Congreso Panamericano del Niño celebrado en 1948 en Caracas.

En su artículo 1º, la ley establecía que el objeto de la legitimación adoptiva era conceder el estado civil de hijo legítimo, de los legitimantes adoptivos, con sus mismos derechos y obligaciones al adoptado.

Hernán Corral Talciani³⁰, señala que bajo la vigencia de la ley 16.346, el derecho a la identidad del menor adoptado se veía fuertemente violentado, hecho que se reflejaba en que la sentencia que acogía la solicitud de adopción debía ordenar la confección de una nueva inscripción de nacimiento, en la cual no se dejaba constancia de la resolución judicial ni de la adopción. La inscripción anterior caducaba y la ley establecía la destrucción de la ficha individual del menor y de todo otro antecedente que permitiera su identificación. Todas las tramitaciones eran secretas y se sancionaba penalmente su violación.

En efecto, el artículo 8º de la ley señalaba que la sentencia que concedía la legitimación adoptiva, debía ordenar que el legitimado adoptivamente se inscribiera en el Registro de Nacimientos de la Oficina del Registro Civil que correspondiese al domicilio de los legitimantes adoptivos, como hijo de éstos, sin dejar constancia de la resolución. Además, la sentencia debía ordenar la cancelación de la inscripción del nacimiento del legitimado adoptivamente y la destrucción de la ficha individual del menor y de todo otro antecedente que permitiese su identificación.

El adoptado pasaba a ser hijo legítimo de los adoptantes y caducaban los vínculos con la familia de origen, excepto en lo concerniente a los impedimentos matrimoniales y en lo referido a los derechos patrimoniales que pudieran corresponder al legitimado, derivados de la filiación anterior, como prestaciones alimenticias o asignaciones hereditarias. Así lo establecía el artículo 5º, el cual expresamente señalaba que los vínculos de filiación anterior del menor caducan en todos sus efectos, con las excepciones ya señaladas.

³⁰ CORRAL TALCIANI, Hernán, op. Cit. pp. 40-41

3.4.1.3.- LEY 18.703

Esta ley, entró en vigencia el 10 de Mayo de 1988 y se limitó a regular la adopción de menores de edad, sin tocar la adopción clásica o común de la ley 7.613, que mantuvo su vigencia. Ello se desprende de lo establecido en el artículo 2° de la ley, al señalar que la adopción simple constituida de acuerdo con las normas de esta ley, no obsta a que con posterioridad, adoptante y adoptado se acogiesen a las disposiciones de la ley 7.613. Además en su artículo 53, derogó expresamente la ley 16.346, lo cual refleja que el legislador mantuvo en vigencia la ley 7.613, para que rigiese junto con la ley 18.703.

Para los menores de edad, se articuló el modelo dual de la adopción simple y la adopción plena, esta última creando el estado civil de hijo. La adopción plena sustituyó la legitimación adoptiva, de la ley 16.346.

La adopción simple no modificaba el estado civil ni la filiación anterior del menor adoptado. El adoptante ejercía los derechos de la autoridad paterna y la patria potestad, excluyéndose el derecho de usufructo. El adoptante debía tener en su hogar al adoptado y sufragar los gastos de alimentación, crianza y educación. El adoptado era considerado carga para los efectos de la asignación familiar y otros beneficios de salud o seguridad social. En todo caso se trataba de una situación transitoria, ya que la adopción simple, si no se convertía en plena, se extinguía por mayoría de edad del adoptado. Todos los efectos de la Adopción Simple, se establecían en el Párrafo Segundo de la ley, en sus artículos 12 a 19.

La adopción plena replicaba la regulación de la legitimación adoptiva, pero perfeccionándola.

Respecto del Derecho a la Identidad, entre otras medidas, se relativizó el secreto de la adopción permitiendo que el adoptado o los adoptantes solicitasen copias autorizadas de la sentencia que declaraba la adopción y ya no se ordenaba la destrucción de los antecedentes anteriores del menor sino que se archivaban en una sección separada del Archivo General del Registro Civil.

3.4.2.- LA ADOPCIÓN EN LA CONVENCIÓN DE DERECHOS DEL NIÑO:

En 1990 entró en vigor para nuestro país la Convención de Derechos del Niño publicada en el Diario oficial el 27 de Septiembre de ese mismo año. Esta convención contiene un precepto que se refiere en general a los niños privados de su medio familiar, donde se menciona explícitamente la adopción. Debe advertirse que para la Convención se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad (art.1°).

El art. 20 del tratado previene en primer lugar que los niños que sean temporal o permanentemente privados de su medio familiar, o cuyo superior interés exija que no permanezcan en ese medio, tendrán derecho a la protección y asistencia especiales del estado (Art. 20.1), debiendo este garantizar, de conformidad con la ley interna, “otros tipos de cuidado para esos niños” (art. 20.2).

Entre esos “otros tipos de cuidado” diversos al medio familiar, “figurarán, entre otras cosas, la colocación en hogares de guarda, la kafala del Derecho Islámico, la adopción, o de ser necesaria la colocación en instituciones adecuadas de protección de menores” (art. 20.3)

La adopción aparece así en la Convención como una institución que se justifica, no en interés de los adoptantes, sino por sobre todo en el interés y la necesidad de protección y asistencia del niño. La adopción no es la única forma de protección ni la que se considera prioritaria. Serán las leyes nacionales las que pueden establecerla, así como sus efectos y consecuencias jurídicas. Lo que sí exige expresamente la Convención es que “al considerar las soluciones, se prestará particular atención a la conveniencia de que haya continuidad en la educación del niño y a su origen étnico, religioso, cultural y lingüístico” (art. 20.3). Esta disposición tiene una incidencia muy importante en lo referido a las adopciones transmigratorias o internacionales. La Convención se decanta, en principio, por no separar al niño del medio al cual pertenece y en el que se ha desarrollado.

El art.21 de la Convención reglamenta directamente la adopción para los Estados que permiten o reconocen un sistema adoptivo. La Convención no exige la existencia de

un régimen adoptivo y respeta aquellas sociedades en las cuales la adopción no es aceptada (países de cultura islámica). Se señala que los estados que consagran la adopción cuidarán de que el interés superior del niño sea la consideración primordial, y velarán porque la adopción sea sólo autorizada por las autoridades competentes, las que determinarán “que la adopción es admisible en vista de la situación jurídica del niño en relación con sus padres, parientes y representantes legales y que, cuando así se requiera, las personas interesadas hayan dado con conocimiento de causa su consentimiento a la adopción sobre la base del asesoramiento que pueda ser necesario (art. 21 a). La Convención obliga a los Estados a reconocer la adopción Internacional como “otro medio de cuidar al niño”, pero sólo “en el caso de que éste no pueda ser colocado en un hogar de guarda o entregado a una familia adoptiva o no pueda ser atendido de manera adecuada en el país de origen” (Art. 21 b). Los Estados deben velar además porque el niño adoptado en otro país goce de salvaguardias y normas equivalentes a las existentes respecto de la adopción en el país de origen (art. 21 c) y adoptar medidas para evitar que las adopciones internacionales sean ocasión de “beneficios financieros indebidos” para los que participan en ellas.

Otros preceptos de la Convención tienen también relevancia para el régimen de la adopción: así, se contempla el interés superior o primacial del niño, aunque ello no obste al reconocimiento “de los derechos y deberes de sus padres, tutores y otras personas responsables de él ante la ley” (art.3); se establece el deber del estado de “respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley y sin injerencias ilícitas” (art.8), y se reconoce el derecho del niño “en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos” (art.7)

Aunque indirectamente, la Convención de Derechos del Niño parecía hacer necesarias algunas reformas al régimen jurídico de la adopción vigente en Chile, sobre todo en lo concerniente a las autorizaciones para que menores salieran del país con propósitos adoptivos y en lo relativo al secreto de la adopción.³¹

³¹ CORRAL TALCIANI, Hernán; Op. Cit. pp. 45-47

3.4.3.- JURISPRUDENCIA NACIONAL:

La Corte de Apelaciones de San Miguel³² señala que la adopción plena extingue irrevocablemente los vínculos de la filiación de origen del adoptado, presumiéndose que el menor no ha tenido nunca otra filiación, y que no ha sido hijo natural ni legítimo de determinado padre o madre.

Al respecto los sentenciadores señalan que, más allá de las profundas implicancias morales y efectivas de los hechos, el aspecto jurídico nuclear está constituido por la contrariedad o contraposición entre la calidad del menor Ian Santiago Di Nocera Iturrieta, de adoptado plenamente por sus abuelos paternos y el derecho de visita que respecto de esa persona (el adoptado) quiere ejercer la abuela materna, invocando para ello un parentesco natural.

Señalan que el autor Vaz Ferreira ha caracterizado a la adopción plena como la que "consiste en separar completamente al adoptado de su familia natural, para hacerlo entrar en una nueva familia, con los derechos y obligaciones de un hijo legítimo de los adoptantes". (Eduardo Vaz Ferreira e Imre Zajtay, "La Legitimación adoptiva en Francia y en Uruguay", citado por Jaime Jara Miranda, en "La legitimación adoptiva", Edit. Jurídica 1968, pág. 62).

Indican que la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados, dejó constancia de los siguientes conceptos relevantes, a propósito de la legitimación adoptiva, antecesora legal de la adopción plena: "Que ante terceros y ante los propios padres (el legitimado adoptivamente) es hijo del legitimante y ante los demás parientes por consanguinidad y afinidad, se entenderá que siempre ha existido una filiación legítima, como si éste hubiere sido concebido y nacido dentro del matrimonio del legitimante adoptivo".

³² CORTE DE APELACIONES, San Miguel, *Adopción plena menor Di Nocera Iturrieta*, 14 Octubre 1998, fojas 84-85.

"Se reputa que el legitimado adoptivamente no ha tenido nunca otra filiación que la de hijo legítimo de los legitimantes adoptivos, ni que fue hijo ilegítimo de determinado padre o madre, ni hijo natural de alguno de ellos". (Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia, Cámara de Diputados, Segundo Trámite Constitucional).

Que, "en substancia, el efecto fundamental de la legitimación adoptiva consiste en asimilar al legitimado adoptivo a un hijo nacido de matrimonio, con sus mismos derechos y obligaciones. En otros términos, consiste en considerar que el legitimado ha nacido de los autores de la legitimación"³³. Estas consideraciones son sin duda valederas para calificar -en el plano de los principios generales- a la adopción plena.

Citando a María Larraín³⁴, señalan que la adopción plena no se aparta del concepto y principales características referentes a la legitimación adoptiva, constituyendo, como institución jurídica, la más completa en cuanto a sus generosos efectos, asimilando por completo al hijo adoptivo como hijo legítimo del matrimonio que lo adoptó.

A su vez señalan que el artículo 1º de la ley N° 18.703 establece que: "La adopción plena tiene por objeto conceder al adoptado el estado civil de hijo legítimo de los adoptantes...". Que, es incontrovertible el carácter de institución de Derecho de Familia de la adopción plena, la que constituye estado civil y es irrevocable e irrepudiable y de acuerdo con el artículo 36 de la ley N° 18.703, "La adopción plena hace caducar los vínculos de la filiación de origen del adoptado en todos sus efectos civiles".

La norma citada guarda plena concordancia con el principio de asimilación total del adoptado plenamente a la calidad de hijo legítimo de los adoptantes, presumiéndose

³³ VALLE Ponce, Sergio, *De la legitimación adoptiva en nuestra legislación positiva*, Editorial Jurídica de Chile, 1970, p. 89.

³⁴ LARRAIN ASPILLAGA, María Teresa, *La adopción; un análisis crítico y comparado de la legislación chilena*, Editorial Jurídica, 1991, pp. 191-192.

que el menor no ha tenido nunca otra filiación que ésta y que no ha sido hijo natural ni legítimo de determinado padre o madre.

Que, la única excepción reconocida por la ley a tan amplio y categórico principio es la que deja subsistente los impedimentos para contraer matrimonio establecidos en el artículo 5° de la Ley de Matrimonio Civil. Como tal, la excepción es taxativa y no tiene otro efecto que el preciso asignado por la norma respectiva.

Que, en el ámbito de los efectos que genera la adopción plena, destaca, como trascendental y característico en el Derecho Comparado, el hecho que el adoptado ingresa a la familia de los adoptantes, creándose un vínculo de filiación -y cesando todo otro anterior- no sólo con respecto a sus nuevos padres (adoptantes), sino también respecto de los parientes consanguíneos o afines de éstos.

Todas las referencias citadas llevan a concluir que, ante la realidad objetiva y jurídicamente indiscutible e inmodificable por esta Corte, de que la filiación natural anterior del menor Ian Santiago Di Nocera Iturrieta, se extinguió irrevocablemente con su adopción plena por parte de sus adoptantes, no resultan admisibles derechos fundados en vínculos naturales que, por mandato de la ley, han cesado y carecen por tanto, de existencia legal.

3.4.4.- JURISPRUDENCIA EXTRANJERA:

3.4.4.1.- ARGENTINA:

El caso Muller 13-11-90 (ED, 141-268) A raíz de un recurso extraordinario deducido por el padre adoptivo contra una decisión judicial que había decidido realizar sobre el adoptado un examen de histocompatibilidad tendiente a establecer si había o no correspondencia genética con los supuestos abuelos de sangre, La Corte Federal por mayoría prácticamente ignoró el derecho de identidad del hijo. En cambio la minoría del tribunal sostuvo una tesis opuesta que luego adoptaría la totalidad de la Corte en un fallo de cinco años después. Los fundamentos disidentes fueron que constituye una prerrogativa esencial amparada en el artículo 33 el derecho de toda persona a conocer su

identidad de origen, destacando la situación traumática que se genera en el niño en el proceso de ocultamiento de su verdadera identidad.

El voto del Dr. Petracchi sostiene que “el poder conocer su propia génesis, su procedencia, es aspiración connatural al ser humano, que incluyendo lo biológico, lo trasciende. Tender a encontrar las raíces que den razón del presente a la luz de un pasado que -aprehendido- permita reencontrar una historia única e irrepitable (tanto individual como grupal), es movimiento esencial de dinámica particularmente intensa en las etapas de la vida en las cuales la personalidad se consolida y estructura”.

3.4.4.2.- ESPAÑA:

La sala de lo civil nº 776/1999 de 21 de Septiembre que en un caso de reclamación de maternidad por vulneración del artículo 177.2 del Código Civil se refiere a que: “...el Derecho de la menor a conocer al menos a su progenitora que establece, como principio, la Convención sobre los Derechos del niño, de 1989, ratificada por España en 1990 (artículo 7)” y en el F.5 se señala que “...las investigaciones científicas tienden, en la actualidad, a poner de relieve las interrelaciones biológicas que se desprenden de los antecedentes genéticos y su influencia, de manera que cabe hablar del derecho de las personas a conocer su herencia genética”.

¿Quiere esto decir que el hijo no tiene acción para hacer valer ante los tribunales el derecho a conocer su ascendencia biológica? El derecho al conocimiento de la verdadera filiación debe considerarse que es uno de esos “derechos inviolables” a que alude el artículo 10 CE (porque enaltece la dignidad humana y contribuye al libre desarrollo de la personalidad) que no puede ser vulnerado. Por esta razón, se debe permitir que el hijo averigüe a quien pertenece parte de la herencia genética que recibió, sin que ello implique establecer una relación jurídica, pues el donante debe quedar siempre desligado jurídicamente del ser que nazca.³⁵

³⁵ SOLER BELTRÁN, Ana Cristina, op. cit. P.5

Sentencia N° 776/1999 del 21/09/1999, Recurso de Casación N° 2854/1994. El presente recurso expresa, como episodio relevante, la culminación de un conjunto de vicisitudes históricas que desembocan en la todavía no establecida identificación judicial de la menor, cuya filiación reclama su madre (pese a ser aquella plenamente identificable), a causa, sobre todo, de los entorpecimientos que han introducido en el esclarecimiento de los hechos los órganos administrativos correspondientes de la Junta de Andalucía y Consejería de Asuntos sociales en Jaén, que figuran como parte demandada, contando, en ocasiones, con la activa cooperación de la representación del ministerio Fiscal, ante los órganos jurisdiccionales de instancia, y con cierta pasividad conformista de estos últimos, que no han efectivizado sus determinaciones iniciales, impidiendo, hasta ahora, que tenga cumplida satisfacción el derecho de la menor a conocer al menos a su progenitora que establece, como principio, la Convención sobre los derechos del niño, de 1989 ratificada por España en 1990 (artículo 7).

Resulta probado que Doña María Valenzuela M. dio a luz una niña el día 4 de Noviembre de 1991, en el hospital San Agustín de Linares. Previamente a su alumbramiento, el día 24 de Septiembre del mismo año, la actora suscribió un documento –dice que en el Centro de la Milagrosa, de Baeza, de la Junta de Andalucía– que, en síntesis, recoge la comparecencia de Doña María Valenzuela M. en la Delegación Provincial en Jaén, de la Consejería de Asuntos Sociales de la Junta de Andalucía, en 24 de septiembre de 1991, acto en el que manifestando encontrarse embarazada, en el octavo mes de gestación, y ponderando sus circunstancias concurrentes, -familiares, sociales, emocionales y económicas- estima que no podrá hacerse cargo de su futuro hijo, y ante ello, hace renuncia anticipada del mismo, una vez que nazca, a favor de la entidad pública, a los efectos de su guarda inmediata al parto, acogimiento familiar y adopción, en el marco establecido en la Ley N°21/1987, prestando su consentimiento expreso para la efectividad de todos estos actos, manifestando asimismo haber sido informada de sus derechos y de las consecuencias de su renuncia; y anticipando su asentimiento a la adopción, que adquiriría plena validez “transcurridos treinta días desde la fecha de nacimiento del menor”. En la base de tal renuncia se consignaba su voluntad de mantener oculta su identidad, tanto a los efectos registrales civiles (artículo 167 del Reglamento del registro Civil), como en el procedimiento de acogimiento y adopción, en sus fases administrativa y judicial, que

debería tramitarse respecto del nacido, “como si de un menor desamparado y de padres desconocidos se tratase”

En efecto, la renuncia anticipada –con un mes y medio de antelación- a unos derechos-deberes expectantes, pugna expresamente con lo dispuesto en el artículo 177-2º del Código Civil, respecto de los consentimientos exigibles para la eficacia de la adopción, que claramente determina que el “consentimiento de la madre no podrá prestarse hasta que hayan transcurrido treinta días desde el parto”.

Nos encontramos, por ello, ante una regulación normativa registral anterior a la Constitución, que posibilita la ocultación de la identidad de la madre biológica, por su propia decisión, confirmada por los desarrollos reglamentarios posteriores a 1978, ya que la redacción del artículo 120 del código Civil se configura en términos genéricos, y no incluye un expreso reconocimiento de tan negativa restricción.

La coincidencia entre filiación legal y paternidad y maternidad biológica deben ser totales. En líneas generales la regulación reglamentaria del registro civil supone una contradicción con el principio constitucional de igualdad e investigación libre de la paternidad, al situar a la madre biológica en situación relevante frente al padre, e incluso frente al mismo hijo, ya que al padre se le puede imponer coactivamente la paternidad, en tanto que la madre, que puede determinar libremente si va a continuar la gestación o cortar por completo sus relaciones con la persona nacida, tiene el camino despejado para eludir sus obligaciones. El hijo biológico, además, pierde por completo el nexo que le determinaría, en su momento, conocer su verdadera filiación, debido a un acto voluntario de la madre, expresivo de su no asunción de la maternidad y sus responsabilidades inherentes. Por último, el sistema encierra graves discordancias, no sólo con relación a los mismos padre e hijo biológicos, sino también frente a la unión matrimonial, en la que la madre o puede renunciar a su maternidad ni negar al hijo el hecho de su filiación, ni el padre deshacer por si solo la presunción de su paternidad, lo que no resulta constitucionalmente congruente máxime, cuando las investigaciones científicas tienden, en la actualidad, a poner de relieve las interrelaciones biológicas que

se desprenden de los antecedentes genéticos y su influencia, de manera, que cabe hablar del derecho de las personas a conocer su herencia genética.³⁶

4.- EL DERECHO A LA IDENTIDAD EN LA LEY 19.620.-

4.1.- ANTECEDENTES DE LA DISCUSIÓN PARLAMENTARIA DE LA LEY 19.620:

El proyecto inicial fue presentado en la Cámara de Diputados por Mensaje del entonces Presidente de la República Patricio Aylwin Azócar (Boletín N° 899-07) En este primer texto, se mantuvo la adopción simple, pero con algunas modificaciones, se estableció el acogimiento familiar y se modificaba la adopción plena.³⁷

Posteriormente, con fecha 21 de Marzo de 1995, el Gobierno del Presidente Frei Ruiz-Tagle presentó una indicación sustitutiva. En este nuevo proyecto se derogaba la ley 7.613 y se establecía una adopción simple y plena. Esta indicación fue objeto de dos informes de la Comisión de Familia (31 Julio 1995, Sesión 41ª 11 Enero 1996, legislatura extraordinaria 332ª) y de Hacienda (10 Enero 1996, Sesión 41ª) para su aprobación en general. Las indicaciones surgidas con posterioridad a la aprobación en general fueron objeto de un Segundo Informe de la Comisión de Familia (31 Mayo 1996, Sesión 5ª 11 Junio 1996, Legislatura 333ª ordinaria). El proyecto fue aprobado en particular por la Cámara con fecha 30 Julio 1996.

En el Senado, el proyecto pasó a la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, pero antes de que emita su informe, con fecha 17 de agosto de 1998, el Presidente Frei envió una tercera indicación sustitutiva total, donde se opta por el modelo de la adopción única y con efecto filiativo. Sobre este texto la Comisión de Constitución emitió su primer informe con fecha 4 de Noviembre de 1998, legislatura 339ª extraordinaria. Aprobado por la sala en general, las indicaciones presentadas fueron objeto de un segundo informe de la misma Comisión de fecha 15 de Diciembre

³⁶ ALMAGRO NOSETE, José; *El Tribunal Supremo reconoce la maternidad de la madre biológica pero no anula la adopción*; www.vlex.com; Julio 2001; España; última visita Abril 2003; pp. 1-6.

³⁷ CONFERENCIA SESIÓN 37ª, 8 Enero 1993, Legislatura 325ª ordinaria, pp.75-87

de 1998, legislatura 339° extraordinaria. El proyecto fue aprobado por el Senado con fecha 22 de Diciembre de 1998.

Habiendo diferencias entre el texto aprobado por el Senado y por la Cámara de Diputados, el proyecto entró a su tercer trámite constitucional. Después de sendos informes de las Comisiones de Familia (14 de Enero de 1999, Sesión 34ª 19 Enero 1999, legislatura 339ª extraordinaria) y de Constitución de dicha cámara (17 Marzo 1999, Sesión 46ª de 30 Marzo 1999, legislatura 339ª extraordinaria), esta resolvió rechazar algunas de las enmiendas aprobadas por el senado, y se conformó una Comisión Mixta de Diputados y Senadores. La Comisión Mixta concordó un texto, por informe de 1º de Junio de 1999 (Sesión 3ª de 02 de Junio de 1999, legislatura 340ª), que finalmente es aprobado por ambas cámaras.

El texto pasó a revisión del Tribunal Constitucional, el que se pronuncia sobre la constitucionalidad del proyecto de ley por sentencia de 13 de Julio de 1999 (Rol N° 269).

La promulgación de la ley se hizo por Decreto Supremo de 26 de Julio de 1999, y su texto se publicó en el Diario Oficial del 05 de Agosto del mismo año.

Las cuestiones de fondo que más se debatieron en el último trámite de la ley ante la Comisión de Constitución del senado (Informe de 21 de Octubre de 1998) y ante la Comisión Mixta de Senadores y Diputados (Informe de 01 de Junio de 1999) fueron las siguientes:

- 1) Adopción por personas solteras: se discutió si debía o no aceptarse la adopción por personas solteras y si esta adopción era plural o singular.
- 2) Inicio del trámite antes del nacimiento del adoptado: se debatió si procedía aceptar como válido el consentimiento de la madre que se otorga antes de dar a luz la criatura.
- 3) La acreditación de los organismos privados ante el Servicio Nacional de Menores: se discutió la forma en que debían ser autorizados por el estado los

organismos privados para poder intervenir en los procedimientos de la adopción, y si los requisitos de acreditación debían establecerse en la ley o reservarse a la vía reglamentaria.

4) La preferencia de adoptantes residentes: aunque hubo consenso en que debía eliminarse el trámite de autorización de menores para salir de Chile con fines de adopción, y en que lo que procedía era que la adopción se tramitara y otorgara en el país, hubo discrepancias sobre si debía o no otorgarse preferencia a los matrimonios chilenos por sobre los extranjeros. En el curso de la tramitación se afinó un poco esta normativa de manera de no hacer distinción entre chilenos y extranjeros, sino entre adoptantes con residencia permanente en el territorio nacional y adoptantes no residentes. Finalmente, se logró un consenso en orden a otorgar en principio una prioridad a los adoptantes residentes por sobre los no residentes, pero autorizando al juez, en casos calificados, seguir el criterio inverso y preferir una pareja no residente.

Sorprende que no haya habido prácticamente ninguna discusión sobre la eliminación de la adopción común de la ley N° 7.613, y más aún de la adopción simple de la ley N° 18.703. Ello incluso aunque la Cámara de Diputados había aprobado un texto en el que se contemplaba la adopción simple. En el tercer trámite, sin embargo, la Cámara de Diputados no insistió en su conservación, y propició que el ejecutivo propusiera una modificación legal que permitiera ser causantes de asignación familiar y gozar de prestaciones médicas a los niños que estaban bajo una medida de protección. El Ejecutivo presentó la respectiva indicación, y fue aprobada por la Comisión Mixta de Senadores y Diputados. Se pensó de esta manera paliar los principales efectos negativos que tendría la desaparición de la adopción simple.³⁸

4.2.- PRINCIPALES ASPECTOS DE LA NUEVA LEY DE ADOPCIÓN:

La nueva ley de Adopción es un claro ejemplo del proceso de readecuación de la legislación interna a los principios de la Convención de los Derechos del niño, en nuestro país. Esta ley fue publicada en el Diario Oficial el 05 de Agosto de 1999 y entró

³⁸ CORRAL TALCIANI, Hernán; Op. Cit; pp. 51-52

en vigencia conjuntamente con la Ley de Filiación. Se compone de 47 artículos permanentes distribuidos en cuatro títulos y un artículo transitorio.

La ley N° 19.620 evidenció su conexión con la reforma de la filiación al hacer depender su entrada en vigor de la fecha de vigencia de la ley N° 19.585; sin embargo, el legislador incurrió en una inadvertencia grave: no estableció normas para regular la suerte de los procesos de adopción que a la fecha de entrada en vigencia de la reforma se encontraran tramitando de acuerdo con las leyes anteriores. Llegado pues el 27 de Octubre de 1999, día en el cual entraron en vigencia las leyes N° 19.585 y 19.620, se produjo un desconcierto y una disparidad de criterios en los tribunales de menores, sobre todo en relación con la subsistencia o no de la “declaración de abandono” obtenida bajo la anterior ley. Algunas opiniones consideraban que el proceso debía renovarse y tramitarse enteramente de acuerdo a la nueva legislación. Frente a este panorama de incertidumbres que generaban perjuicios directos a un buen número de familias adoptivas, se aprobó de modo urgente una ley para resolver la cuestión planteada. Con fecha 20 de diciembre de 1999, se publica en el Diario Oficial la ley N° 19.658 que modificó el artículo 47 y agregó un artículo transitorio a la ley N° 19.620, para, en términos generales, ordenar que las causas iniciadas con anterioridad a la entrada en vigencia de esta ley se continuarían tramitando y darían lugar a adopciones conforme a la legislación anterior.³⁹

La Ley 19.620, establece un solo tipo de adopción, y deroga tanto la ley N° 7.613 como la ley N° 18.703. Se suprime así la adopción simple y se entiende que la custodia de niños por terceros puede quedar bien canalizada a través de una medida de protección adoptada de conformidad con la Ley de Menores, N° 16.618, con algunos beneficios adicionales que se establecen en la nueva ley. La adopción en cambio es única: corresponde a la forma de adopción plena o legitimante, es decir, aquella que finge que el adoptado es un hijo del adoptante y que sólo se acepta para menores de edad. Se ha quebrado el principio de que la adopción plena era para dotar al hijo de una familia compuesta de figura paterna y materna unidos en matrimonio para dar paso a la adopción por parte de personas singulares viudas o solteras. En el procedimiento la ley innova al separar las gestiones para la declaración de susceptibilidad del menor de ser

³⁹ CORRAL TALCIANI, Hernán; Op. Cit. pp 52-54

adoptado del proceso mismo de adopción. Respecto de las adopciones internacionales, exige que los adoptantes no residentes completen la adopción conforme a la ley chilena y sólo entonces puedan sacar al menor del país. Se añade una sanción penal para el que solicitare o aceptare recibir una contraprestación por facilitar la entrega de un menor en adopción.

En todo el sistema se otorga una mayor intervención al Servicio Nacional de Menores, pero se reconoce también la participación de instituciones provenientes del sector privado, aunque se establece que ellas deben ser acreditadas ante el señalado servicio público.

El texto en su artículo 7° establece la responsabilidad del Servicio Nacional de Menores como organismo del Estado, de desarrollar un conjunto de actividades de apoyo y orientación a la familia de origen del menor que el reglamento publicado el 18 de Marzo del 2000 se encarga de desarrollar.

De igual manera el Estado, a través del Servicio Nacional de Menores, se hace responsable de acompañar este proceso estableciendo para sí las siguientes tareas:

- 1.- “Asesoría psicosocial a la familia que decide entregar a su hijo en adopción la que deberá incluir su preparación para la búsqueda que a su respecto pueda emprender el menor en una edad futura” (Art. 8° del Reglamento)
- 2.- “Asesoría y apoyo al adoptado que desee conocer antecedentes de su familia de origen” (art. 6° letra H del Reglamento)
- 3.- “Intermediación a fin de evitar la ocurrencia de conflictos emocionales o minimizar su impacto, brindando la asesoría que las partes involucradas necesiten” (Art.13° del reglamento)⁴⁰

Reiterando la filosofía de la ley, esta señala en su artículo 1° que “La adopción tiene por objeto velar por el interés superior del adoptado, y amparar su derecho a vivir

⁴⁰ DEL GATTO REYES, Delia, Op Cit pp 5-6

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. La adopción confiere al adoptado el estado civil de hijo respecto del o los adoptantes en los casos y con los requisitos que la presente ley establece”

El Reglamento en su artículo 1° establece como criterio general de aplicación el principio del interés superior del niño y en su inciso 2° lo explicita como “Dicho interés superior considerará su relación personal, espiritual y material, y el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, de modo conforme a la evolución de sus facultades”

Si bien en los antecedentes y procedimientos de adopción rige el principio de la reserva, la nueva Ley, respetando el principio de Identidad y haciéndose cargo de la necesidad que frecuentemente se presenta en adolescentes adoptados de conocer de sus orígenes biológicos, establece el derecho del conocimiento de los antecedentes, sentencia y del expediente completo si fuera necesario al adoptante y al adoptado, extendiendo este derecho también a sus descendientes.

Así lo indica el artículo 27 al señalar “Cualquier interesado mayor de edad y plenamente capaz que tenga antecedentes que le permitan presumir que fue adoptado podrá solicitar personalmente al Servicio de Registro Civil e Identificación que le informe si su filiación tiene ese origen”

4.3.- COMPATIBILIDAD ENTRE ADOPCIÓN Y DERECHO A LA IDENTIDAD DEL MENOR ADOPTADO:

Cuando se habla de adopción, necesariamente debemos tener presente la existencia de una tríada de la adopción, en la cual todos los miembros han sufrido una pérdida: los padres adoptivos que han debido renunciar a la ilusión de criar a su hijo biológico, los padres biológicos que han perdido al hijo que han dado a luz y el hijo adoptivo que ha perdido la conexión con sus padres biológicos. Estos sentimientos estarán presentes, implícita o explícitamente, a lo largo de toda la vida de estas personas y pasan a formar parte adicional en la tarea de la paternidad.

Al hablar de adopción, también debemos tener presente el concepto de discontinuidad biológica, ya que quienes despliegan la función de paternaje-maternaje, no son aquellos que lo gestaron. Este hecho, la disrupción entre procreación y cuidado, es un hecho crucial en el niño, que marca una diferencia no en su desarrollo, ni en el orden de las etapas a vivir, sino en la cualidad de sus vivencias.

Para que esta discontinuidad se transforme en un proceso de integración en el hijo adoptivo, este debe llevar a cabo un proceso de continuidad histórica, insertar hechos, acontecimientos, situaciones, hilarlos y formar el tejido de una historia. En este tejido se enlaza la historia de los padres adoptivos que deseaban y buscaban a un hijo, la de los progenitores o familia de origen del niño, que por la razón que sea no podía asumir su cuidado, y la del niño, que deseaba y necesitaba tener padres.

Hay consenso respecto al beneficio que reporta el informar abiertamente al niño respecto de su adopción, tanto para el sano desarrollo emocional de este como para un clima familiar saludable.

Por ello precisamente nuestra legislación actual, no obliga a los padres adoptivos a revelar la calidad de adoptado al menor, ya que en esta materia prima el derecho constitucional de la familia a su honra y el derecho del niño a vivir y desarrollarse en un ambiente integral. El hecho de que permanezca la información sobre su origen resguarda su derecho a conocer la verdad real por sobre la jurídica, pero cuando sus padres adoptivos o los Tribunales así lo determinen, considerando el desarrollo y madurez del menor.

Además nuestra legislación establece la mayoría de edad a los 18 años de edad lo que significa que para la ley las personas son consideradas adultas a partir de este tramo de edad y por lo tanto se le permite al adoptado conocer sus antecedentes biológicos si así lo requiere.

Así, la revelación de la historia de origen no puede ser realizada en un momento, sino que corresponde a un proceso gradual y continuo a lo largo de toda la vida. El conocimiento que un individuo tiene de su adopción, sería el resultado de un proceso general de construcción que varía en función de su desarrollo cognitivo y emocional y no de una acumulación de información entregada por otras personas.

Muchos padres adoptivos tienen la creencia que el informar al niño sobre sus orígenes podría destruir el vínculo afectivo que se ha establecido entre ellos, que podría aportar elementos conflictivos a su autoestima y que favorecería el surgimiento de fantasías respecto de "los otros".

Por el contrario, hay consenso respecto a la necesidad de informar al niño tempranamente para así evitar que se entere de su realidad en forma traumática por terceras personas, y al mismo tiempo por que permite favorecer una comunicación abierta y fluida entre padres e hijo.

Cuando la Declaración de los Derechos del Niño en su principio sexto señala que:

“El niño siempre que sea posible debe crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres, y en todo caso en un ambiente de afecto y seguridad moral y ambiental...”

Este principio contiene dos ideas fundamentales:

- 1.- Todo niño tiene derecho a ser criado por sus padres siempre que sea posible.
- 2.- En todos los casos, es decir, no sólo cuando es criado por sus padres, la sociedad les debe procurar un ambiente de afecto y seguridad.

Elsa Galera, se pregunta en esta materia: ¿Hasta cuándo es posible que un niño sea criado por sus padres? ¿Incluimos también la familia extensa? ¿Cuándo debemos pensar en que se debe procurar ese ambiente de afecto y seguridad, junto a otra familia que no es la de origen? ¿Hasta cuando debemos considerar que la pertenencia a la familia de origen es buena? (quizás por la única razón de que es la propia), y ¿Cuándo cruza la frontera y comienza a ser generadora de daños al niño?⁴¹

En esta materia, no existe unanimidad respecto de cual derecho debe primar si el Derecho del Niño a conocer sus orígenes, si el Derecho de la familia biológica a

⁴¹ GALERA, Elsa L.; *El derecho a la Identidad de niños Institucionalizados y la Adopción*; www.jus.mendoza.gov.ar/informacion/novedades/ELSA_GALERA.htm Noviembre 2003; Argentina; última visita Mayo 2006; pp. 1.

mantener su reserva o el Derecho de la Familia adoptiva a vivir en armonía, sin verse perturbados por lo que pudiese significar el hecho de mostrar, transparentemente a la sociedad, su calidad de tal. Es por ello, que muy lejos de resolver el tema, destacaré los principales aspectos a considerar.

4.3.1.- EL DESARROLLO DE LA IDENTIDAD Y DE LA AUTOESTIMA:

A menudo, las preguntas de las personas adoptadas sobre la identidad ocurren primero durante la adolescencia. La tarea de desarrollo de la identidad durante la adolescencia es a menudo más difícil para el joven adoptado debido a los asuntos adicionales de la adopción. El desarrollo de la identidad del adolescente adoptado incluye preguntas sobre la familia biológica, por qué fue colocado en adopción, que paso con los padres biológicos, si el adolescente se parece a los padres biológicos en apariencia u otras características, y si el adolescente “pertenece” en términos de educación, clase social, cultura, grupo paritario y más. La pregunta de la influencia de la naturaleza (rasgos heredados) versus la crianza (rasgos adquiridos) puede llegar a ser muy real para el adolescente adoptado que está tratando de determinar el impacto de todas estas influencias sobre su propia identidad.

Los asuntos de la identidad pueden continuar hasta la edad adulta. El nacimiento de un niño a una persona adoptada puede hacer que regresen algunos de estos asuntos, a medida que el nuevo padre puede sentir la conexión biológica con un familiar por primera vez. Para esta persona, ahora hay alguien que “se parece a mí”. Esta nueva conexión puede causar al adulto adoptado a que vuelva a visitar asuntos previos de identidad. El nuevo padre también puede ser provocado a pensar acerca de lo que su madre biológica sintió al dar a luz y lo que la madre biológica y el padre biológico pueden haber sentido al tomar la decisión de colocar a su niño en adopción. Los adultos adoptados que se convierten en nuevos padres pueden ser comprensivos a las dificultades de sus padres biológicos, o quizás se pregunten cómo los padres biológicos pudieron colocarlos en adopción.

Acompañando los asuntos de identidad están los asuntos de auto estima, en otras palabras, cómo se siente la persona adoptada sobre sí mismo. Un número de estudios, realizados por la Asociación estatal norteamericana denominada “Children’s Bureau”, (Oficina de los Niños), ha encontrado que, aun cuando en mayor parte las personas

adoptadas se parecen a las personas no adoptadas, ellas a menudo obtienen puntuaciones más bajas en las medidas de auto estima y en la auto confianza. Este resultado puede reflejar el hecho de que algunas personas adoptadas pueden verse a sí mismos como personas diferentes, fuera de lugar, no bienvenidos o rechazados. Algunos de estos sentimientos pueden resultar de la pérdida inicial de los padres biológicos y de crecer lejos de sus padres biológicos, hermanos, y familiares; otros también pueden surgir de un sentimiento continuo de ser diferente a las personas no adoptadas quienes conocen sus antecedentes genéticos y familia biológica y pueden estar más seguros de su propia identidad como resultado.⁴²

4.3.2.- INFORMACIÓN GENÉTICA:

Las personas adoptadas a menudo carecen de historia genética y médica, como también otra información familiar. Una visita de rutina al doctor, donde se le pide a la persona adoptada proporcionar información de su historia médica, puede hacer a la persona adoptada sumamente consciente de lo diferente que ella es de aquellos que no son adoptados. Las personas que se enteran más tarde en su vida que fueron adoptados como bebés a veces son expuestos a riesgos porque se apoyaron en una historia médica familiar que más tarde descubren que era totalmente incorrecta.

Cuando una persona adoptada planea casarse o tener hijos, su necesidad para obtener información genética puede llegar a ser más importante. Las personas adoptadas tienen distintas preguntas sobre el niño que producirán, por ejemplo, a quién se parecerá el niño y si el niño heredará cualquier desorden genético que era desconocido para la persona adoptada.

En muchos casos, información que no identifica a la persona, tal como la historia médica, puede ser colocada en el archivo de adopción por los padres biológicos o la agencia en el momento de la adopción. Las agencias de adopción o los abogados pueden permitir a las personas adoptadas tener acceso a esta información que no identifica a la persona. En algunos estados norteamericanos, las personas adoptadas pueden solicitar al juez abrir sus documentos de adopción, y algunos jueces reaccionarán a hacerlo para

⁴² CHILDREN'S BUREAU, *El impacto de la adopción en las personas adoptadas: una hoja informativa para las familias*; naic.acf.hhs.gov/pubs/impactoadoptadas.cfm 2004; Estados Unidos; última visita Mayo 2006; pp 3-4.

proporcionar información médica urgente. Sin embargo, el obtener acceso a información proporcionada por los padres biológicos en el momento de la adopción puede no ser suficiente para aportar información médica completa. Es más útil si los padres biológicos, a lo largo de los años, actualizan el archivo que guarda la agencia de adopción o el abogado. De esa manera, la persona adoptada puede aprender si un padre biológico o abuelo desarrolló alguna enfermedad o condición genética más adelante.⁴³

4.3.3.- DERECHO A LA IDENTIDAD:

Como bien es sabido, el desarrollo de la identidad es un punto crítico en el del desarrollo personal, y va de la mano del desarrollo de la autoestima. El desafío para todos se centra en saber quienes somos y comenzar a querer a la persona que descubrimos. Recién ahí el hijo adoptivo estará en condiciones de dar un cierre a su proceso, elaborar su propio duelo y adoptar emocionalmente a sus padres.

La mirada no estigmatizante de los padres respecto de no engendrar hijos biológicos y la adopción, permite y brinda el espacio mental para que los hijos puedan pensar sobre su origen.

Ello pasa fundamentalmente por la capacidad de los padres de partir asumiéndose y validándose como padres adoptivos, y a la vez, aceptando que si existen diferencias entre la paternidad adoptiva y la biológica.⁴⁴

Si bien es cierto el Derecho a la Identidad se trató de forma detallada en el primer capítulo de este trabajo, es fundamental tener en cuenta que con el objeto de precisamente resguardar el interés superior del niño es, en muchos casos, necesario hacer primar la verdad formal por sobre la verdad biológica, hasta por lo menos que todos los interesados se encuentren preparados para asumirlo. Esto no significa que se anule el Derecho del adoptado de conocer su origen, sino que sólo se posterga en el tiempo, primando el derecho de la familia adoptiva, de vivir en paz y armonía.

⁴³ CHILDREN'S BUREAU; Op. Cit.; Pp 4

⁴⁴ GÓMEZ LEÓN, Soledad; *El camino de la adopción*; www.fundacionsanjose.cl/centros_estudios_publicacion1.html; Chile; última revisión Mayo 2006; pp. 1-4

4.4.- SOLUCIONES A LOS POSIBLES CONFLICTOS:

Los psiquiatras de niños y adolescentes recomiendan que sean los padres adoptivos los que le informen al niño acerca de la adopción. A los niños se les debe de informar sobre su adopción de una manera que ellos puedan entender⁴⁵.

Si el niño se entera de la adopción, intencional o accidentalmente, de boca de otra persona que no sea uno de sus padres, el niño puede sentir ira y desconfianza hacia sus padres y puede ver la adopción como mala o vergonzosa, ya que se mantuvo en secreto.

Todos los adolescentes pasan por una etapa de lucha por su identidad, preguntándose a sí mismos cómo ellos encajan con su familia, con sus compañeros y con el resto del mundo. Esta lucha puede ser más intensa para los niños adoptados de otros países o culturas. Es razonable que el adolescente adoptado tenga un marcado interés en sus padres naturales. Esta curiosidad expresada es común y no quiere decir que esté rechazando a los padres adoptivos. Algunos adolescentes pueden desear conocer la identidad de sus padres naturales. Los padres adoptivos pueden responderle al adolescente dejándole saber que es correcto y natural tener ese interés y preguntas, y cuando pregunten se les debe dar, con tacto y apoyo, la información acerca de su familia natural.⁴⁶

Nuestra legislación se ha preocupado enormemente en avanzar en esta materia, para compatibilizar armoniosamente los derechos de todos los involucrados, esto es, el derecho a conocer su origen del adoptado, el derecho a la honra de los padres biológicos y el derecho de la familia adoptiva de desarrollarse en un ambiente grato.

Respecto del derecho del adoptado, los antecedentes de su familia de origen se archivan. Así el artículo 27 de la ley 19.620 señala que dichos antecedentes se mantendrán en custodia en el Archivo General del Servicio de Registro Civil y una vez

⁴⁵ AMERICAN ACADEMY OF CHILD AND ADOLESCENT PSYCHIATRY; *El niño adoptado*; www.aacap.org/publications/apntsfam/adopted.htm 1999; Estados Unidos; última revisión Mayo 2006; p. 1

⁴⁶ AMERICAN ACADEMY OF CHILD AND ADOLESCENT PSYCHIATRY; Op Cit. p2

cumplida la mayoría de edad el adoptado podrá personalmente solicitar la entrega de dichos antecedentes.

En cuanto a los padres biológicos, al momento de tomar la decisión de entregar en adopción a su hijo cuentan con el apoyo de profesionales especializados del Servicio Nacional de Menores, quienes lo preparan principalmente para el momento en que el menor desee conocerlos.

Finalmente respecto de la familia adoptiva, la ley ha sido muy cauta en precisamente dejar a decisión de ellos el hecho de revelar o no su calidad de adoptado al menor, ya que son ellos precisamente quienes ahora deberán velar por el desarrollo integral del niño. Es por ello que nuestra legislación no obliga a los adoptantes a revelar su calidad de adoptado al niño, y muy por el contrario si lo desean el proceso puede ser secreto e incluso se puede cambiar la fecha de nacimiento del adoptado, con el objeto de que este aparezca como que ha nacido biológicamente de los adoptantes. Así lo revelan las distintas normas existentes en la ley de adopción.

4.5.- CONSAGRACIÓN DEL DERECHO A LA IDENTIDAD EN LA LEY Y SUS EXCEPCIONES:

La ley de adopción, actualmente vigente, se basa en el respeto a los Derechos del niño, consagrados en la Convención Internacional y en otras normas, por lo tanto todo su articulado fue creado teniendo como base el respeto al Derecho a la Identidad o el Derecho a conocer su propio origen, entre otros. Las excepciones, no significan que este Derecho no se considere sino muy por el contrario, sólo se pretende dar la opción a los demás interesados, llámese adoptantes y padres biológicos, a hacer prevalecer aspectos de sus propios derechos en beneficio de la tranquilidad familiar, lo que se traducirá en que el menor adoptado pueda conocer su origen en forma más tardía, pero en ningún caso pierde este derecho, él siempre podrá conocer su propio origen.

A continuación mencionaremos los diferentes artículos que consagran este derecho:

A.- El artículo 1 señala que la adopción procede cuando el necesario afecto y cuidados necesarios para satisfacer los requerimientos espirituales y materiales del niño no

puedan ser proporcionados por su familia de origen. Asimismo, la ley expresa en forma clara la preferencia inicial por la familia de origen y la consideración de la adopción no como una forma alternativa de filiación, sino netamente subsidiaria, cuando el niño no cuente con un medio familiar adecuado que lo acoja.

B.- El artículo 7 de la ley define lo que se denomina el “Programa de adopción”, dentro de lo cual se considera a la familia de origen, entendiéndose por tales no sólo a los padres, sino a todos sus parientes consanguíneos, lo cual refleja que el espíritu de la ley es precisamente conservar la identidad biológica del menor. Ellos son parte del proceso y son orientados por profesionales en la difícil tarea de entregar un hijo en adopción. Ello se traduce en que lo que la ley pretende es que el origen del niño sea considerado dando cumplimiento a lo prescrito por la Convención de derechos del niño, en que el estado debe velar porque el menor sea cuidado por sus padres.

El mismo espíritu se refleja en la ley al establecer el procedimiento previo en la adopción, en los artículos 8 y siguientes, velando siempre por el interés superior del niño.

C.- El artículo 15, establece que debe hacerse todo lo posible para conseguir que el niño conserve su familia de origen, de modo que la resolución judicial que declare al niño en estado de adaptabilidad debe dictarse cuando se haya acreditado la imposibilidad de disponer de otras medidas que permitan la permanencia del menor en la familia de origen.

D.- El artículo 23 en su último inciso se refiere a la situación de los hermanos, señalando que siempre se procurará que sean adoptados por los mismos solicitantes.

E.- El artículo 26 en su N° 3 al referirse a la sentencia que acoge la adopción señala que esta ordenará que se cancele la antigua inscripción de nacimiento del menor y se tomarán las medidas administrativas que correspondan para mantener en reserva su anterior identidad, pero en ningún caso se destruyen, con lo cual se conserva su identidad.

F.- El artículo 27 señala la forma en que cualquier persona, que cumpla los requisitos que la ley señala, puede obtener los antecedentes que le permitan conocer su origen, lo que sin duda es un avance sustancial en esta materia.

No se trata por consiguiente, de que el menor adoptado tenga derecho a recuperar su filiación de origen pudiendo incluso repudiar la adoptiva, sino que muy por el contrario, se trata de que el adoptado pueda conocerse a si mismo, a través de la reconstrucción de su historia personal y de sus orígenes.

El correcto sentido del principio de la verdad biológica es el no ocultar al adoptado su condición de tal y, en lo posible, procurar darle a conocer la información que se posee sobre sus padres biológicos, las circunstancias de su nacimiento y entrega en adopción, en la medida que él así lo requiera libre y voluntariamente.

Es así como este artículo, establece la posibilidad de que el adoptado mayor de edad y capaz, pueda solicitar que el Servicio de Registro Civil le informe sobre su filiación de origen. Puede pedir copias de la sentencia o del expediente de adopción, previa autorización judicial.

Respecto de las denominadas excepciones, la ley consagra algunas disposiciones que pretenden ocultar la situación de adoptado del menor frente a la sociedad y frente a ellos mismos, significando una posposición del derecho a la identidad en beneficio de los derechos de la familia adoptante.

Se trata principalmente del derecho a la honra de la familia que entrega un niño en adopción como también del derecho de la familia adoptante a su protección, resguardo y tranquilidad que se encuentra constitucionalmente reconocido en el artículo 1 de la Constitución Política de la República.

El artículo 26 establece dentro de los requisitos que debe cumplir la sentencia que declara la adopción de un menor que (Nº 2) se ordenará que se remita el expediente a la Oficina del Registro Civil e Identificación del domicilio de los adoptantes para que se practique la nueva inscripción de nacimiento. Señala que cuando se acoja la adopción de dos o más personas y la diferencia de edad entre ellas fuese inferior a 270 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 ocurra igual situación entre los adoptados y los hijos de los adoptantes.

En el caso de que la diferencia de edad entre el adoptado y el hijo de los adoptantes sea muy poca, podrá establecerse la misma fecha de nacimiento, de modo que aparezca como nacidos el mismo día. Asimismo si el menor adoptado nació antes de que los adoptantes hayan contraído matrimonio, podrá el juez 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”

Finalmente, es importante destacar en este punto, que los adoptantes pueden renunciar a la reserva del artículo 28, frente a lo cual no se aplicarían las normas antes expuestas, sobre la modificación y alteración de la verdadera fecha de nacimiento del adoptado.

4.6.- OTRAS NORMAS QUE COMPLEMENTAN A LA LEY DE ADOPCIÓN EN EL RESPETO AL DERECHO A LA IDENTIDAD:

El reglamento sobre Adopción de Menores, en su artículo 8 establece que en la asesoría psicosocial que se brinde a la familia que desea entregar a un menor en adopción, se debe incluir una preparación en el caso de que el menor decida buscarlos en el futuro.

Hernán Corral Talciani opina que hubiera sido conveniente evitar que un mismo organismo trate a la vez a la familia de origen del menor que se va a adoptar y a los posibles padres adoptivos, ya que es difícil que no haya peligro de presionar, sea en un sentido u otro, cuando se asesora a dos partes interesadas en el mismo menor⁴⁷. No obstante, los legisladores pensaron que no había mayores riesgos en que la atención de la madre biológica pudiera ser asumida por la misma institución interesada en la adopción de su hijo, “desde el momento en que podrá establecerse que lo hagan en

⁴⁷ CORRAL TALCIANI, Hernán, Op Cit, p. 117.

forma separada, desvinculando las actividades que realizarán con unos y otros” (Primer Informe de Comisión de Constitución del Senado)

El Reglamento ha venido a cumplir esta aspiración de los parlamentarios, al disponer que “cada organismo acreditado deberá disponer, sujeto a la supervisión técnica del servicio Nacional de Menores, las medidas tendientes a velar por la estricta separación de las actividades destinadas a brindar orientación y apoyo a la familia de origen del menor, respecto de aquellas vinculadas a la selección y preparación de postulantes a adopción, así como de las actividades relacionadas con el cuidado y protección del menor” (artículo 7 Reglamento). Debe entenderse que la norma se aplicará también a las Unidades de Adopción del Servicio Nacional de Menores que realicen programas de adopción⁴⁸

Los artículos 28 y siguientes de la Ley sobre Registro Civil, establecen la obligación de inscribir al recién nacido, obligación que recae no sólo sobre la madre que da a luz sino también sobre una serie de otras personas, taxativamente enumeradas por la ley incluido el médico que asiste el parto.

Podría decirse que hoy en día salvo casos muy particulares y excepcionales, todos nuestros niños son inscritos en el registro Civil al momento de su nacimiento, de ello se ha preocupado especialmente la autoridad al tener ciertos resguardos en esta materia que permiten que toda mujer que de a luz se vea en la obligación de realizar este trámite, todo ello en beneficio del menor.

5.- CONCLUSIONES

Sin duda el Derecho a la Identidad del niño o el Derecho a conocer su propio origen, es uno de los Derechos fundamentales de cada menor, establecido así a nivel Internacional, por medio de la Convención de Derechos del Niño, como a nivel interno en nuestra legislación.

En este sentido, en los últimos diez años, nuestra legislación ha evolucionado de tal manera que cada vez que se realiza una Reforma a alguna Institución Jurídica, como la Adopción, nos hemos preocupado de respetar los Tratados Internacionales suscritos

⁴⁸ CORRAL TALCIANI, Hernán; Op. Cit; p. 118

por nuestro país, respetando, por tanto, los principios básicos establecidos en el ordenamiento Internacional.

La filiación adoptiva no ha sido la excepción y podemos decir que con la entrada en vigencia de la Ley 19.620, nuestro ordenamiento jurídico ha logrado que se respete el derecho a la identidad del menor adoptado, en situaciones que antes se veía casi imposible lograr compatibilizar el respeto a los Derechos de cada uno de los involucrados, llegando a una situación de completo equilibrio.

Es importante destacar también el hecho de que en esta materia, el ordenamiento jurídico ha funcionado de tal manera, que todas las normas son compatibles, por lo que se refleja un respeto a este Derecho no sólo en materia de filiación adoptiva, sino que rige el mismo principio, en todas las otras en que pudiese existir un posible conflicto, es así como encontramos normas complementarias en nuestras normas sobre el Servicio de Registro Civil, Fecundación Asistida, etc.

Finalmente es dable concluir que Derecho a la Identidad y Filiación Adoptiva, son hoy en día Instituciones absolutamente compatibles, con los matices suficientes para respetar el orden de las familias y que refleja lo que ha sido la tendencia en materia legislativa en los últimos años, el respeto absoluto a los Derechos del Niño, teniendo siempre como principio fundamental el interés superior del niño.

6.- BIBLIOGRAFIA

- 1.- ABELIUK MANASEVICH, R. *La filiación y sus efectos*. Editorial Jurídica. Santiago. 2000
- 2.- AIN. Secretaría. *La adopción*. Unicef. Nueva York. 1979.
- 3.- AMERICAN ACADEMY OF CHILD AND ADOLESCENT PSYCHIATRY. *El niño adoptado*. www.aacap.org/publications/apntsfam/adopted.htm 1999. Estados Unidos. Última revisión Mayo 2006.
- 4.- ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. *Convención sobre los derechos del niño*. 1989
- 5.- BANDA, Alfonso. *Dignidad de la persona y reproducción humana asistida*. Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile. Valdivia. Volumen IX. Diciembre 1998.
- 6.- BARBERO, Doménico. *Sistema de Derecho Privado*. Traducido del italiano por Santiago Santis Melendo. Buenos Aires. 1967. Tomo II.
- 7.- BONASSO, Alejandro. *Seminario Permanente de Educación en Derechos Humanos*. Universidad de la República. Facultad de Derecho. 20 Junio 2001. www.iin.oea.org/ponencia_derecho_a_la_identidad.htm
- 8.- BOWLBY, J. *Child care and the growth of love*. Penguin book. Victoria, Australia. 1953
- 9.- BUITRAGO, Sergio. *Convención sobre los Derechos del niño. Comparación y recepción en las leyes de adopción y el régimen de identificación para el recién nacido. Seminario de Investigación II*. Universidad del salvador. Facultad de Ciencias Jurídicas. 1998. Argentina.

- 10.-** CHILDREN'S BUREAU. *El impacto de la adopción en las personas adoptadas: una hoja informativa para las familias*. Naic.acf.hhs.gov/pubs/impactoadoptadas.cfm 2004. Estados Unidos. Ultima visita Mayo 2006.
- 11.-** CODIGO CIVIL ESPAÑOL. 1973
- 12.-** CONGRESO NACIONAL. *Biblioteca Congreso Nacional*. www.bcn.cl Ultima consulta 22-10-06. 1997
- 13.-** CONSTITUCION NACIONAL DE ARGENTINA. 1994
- 14.-** CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS. Ratificada por Chile en 1990.
- 15.-** CONVENCION DE LA HAYA. Ratificada por Chile en 1999.
- 16.-** CORRAL TALCIANI, H. *Adopción y filiación adoptiva*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago. 2002
- 17.-** CORTE DE APELACIONES, San Miguel. *Adopción Plena menor Di Nocera Iturrieta*. 14 Octubre 1998.
- 18.-** D'ANTONIO, Daniel Hugo. *El derecho a la identidad y la protección jurídica del menor*. Editorial Astrea. 1998. Argentina.
- 19.-** DEL GATTO REYES, Delia. *Taller Regional sobre el Derecho a la Identidad de niños y adolescentes en el MERCOSUR*. 25-26 Septiembre 2000. Buenos Aires. Argentina. www.iadb.org/intal/foros/del_gatto_reyes.pdf
- 20.-** FARSI ROSPIGLIOSI, Enrique. *Libro Derecho Genético*. Capítulo Quinto "Identidad Genética". <http://comunidad.derecho.org/dergenetico/LibDerGenC5.html> Perú. Ultima visita Mayo 2004.

- 21.- FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos. *Derecho a la Identidad Personal*. Editorial Astrea. 1992. Argentina.
- 22.- FERRARI, Miriam. *El derecho a la Identidad personal*. http://usuarioa.lycos.es/Miriam_Ferrari/doc.html Argentina. Ultima visita Junio 2004.
- 23.- GALERA, Elsa L. *El Derecho a la Identidad de niños Institucionalizados y la Adopción*. www.jus.mendoza.gov.ar/informacion/novedades/ELSA_GALERA.htm [Noviembre 2003](#). Argentina. Ultima visita Mayo 2006.
- 24.- GOBIERNO DE DINAMARCA. *Acta de Adopción N°130*. 1999
- 25.- GOBIERNO DE FRANCIA. *Ley N°2002*. 1993
- 26.- GOMEZ LEON, Soledad. *El camino de la adopción*. www.fundacionsanjose.cl/centros_estudios_publicacion1.html Chile. Ultima revisión Mayo 2006.
- 27.- HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW. www.hcch.net Ultima consulta,06-03-03
- 28.- LARRAÍN ASPILLAGA, M. *La adopción un análisis crítico y comparado de la legislación chilena*. Editorial Jurídica. Santiago. 1991
- 29.- LEY DE ADOPCION. N° 24.779. Argentina.
- 30.- LEY DE REGISTRO CIVIL. 1957. España.
- 31.- LEY PARA LA PROTECCION DE NIÑOS Y ADOLESCENTES. 1999. México.
- 32.- LEY 45/2003. *Técnicas de reproducción asistida*. 2003. España.
- 33.- LOPEZ Gisella. *Algunas consideraciones sobre las acciones de filiación*. www.lasemanajuridica.cl Chile. Ultima visita Mayo 2003.

- 34.- MEDINA, Graciela. *Adopción*. Argentina. Editorial Rubinzal Culzoni. 1998. Tomo I.
- 35.- MENDEZ COSTA, María Josefa. *Visión jurisprudencial de la filiación*. Argentina. Editorial Rubinzal Culzoni. 1992.
- 36.- MERCHANTE, F. *La adopción*. Editorial Depalma. Buenos Aires. 1987
- 37.- MOLINA QUIROGA, Eduardo y otros. *Protección constitucional del Derecho a la Identidad del hijo extramatrimonial*. Asociación de Abogados de Buenos Aires. Argentina.
- 38.- MONRROY CABRA, Marco Gerardo. *Derecho de Familia y de Menores*. Segunda Edición. Santa Fe de Bogotá. Colombia. Librerías Jurídicas Wilches. 1991.
- 39.- MORALES, Antonia. *Adopción*. <http://www.universidadabiertya.edu.mx/Biblio/M/Adopcion-Morales.htm> México. Ultima visita Julio 2006.
- 40.- OPERETTI, D. *Comentarios a la Convención Interamericana sobre conflictos de leyes en materia de adopción de menores*, Instituto Interamericano del niño. Montevideo, Paraguay. 1986
- 41.- PLANIOL, Marcel. *Traité élémentaire de Droit Civil*. Paris. 1915. Tomo I.
- 42.- QUESADA GONZALEZ, María Corona. *El derecho (¿constitucional?) a conocer el propio origen biológico*. Anuario de Derecho Civil. Madrid. 1994
- 43.- RAMOS PAZOS, R. *Derecho de familia*. Editorial Jurídica. Santiago. 2000
- 44.- REPÚBLICA DE CHILE. *Código Civil*. 1855
- 45.- REPÚBLICA DE CHILE. *Constitución Política de la República de Chile*. 1980

- 46.- REPÚBLICA DE CHILE. *Ley 7.613*. 1943
- 47.- REPÚBLICA DE CHILE. *Ley 16.346*. 1965
- 48.- REPÚBLICA DE CHILE. *Ley 18.703*. 1988
- 49.- REPÚBLICA DE CHILE. *Ley 19620*. 1999
- 50.- REVISTA INFANCIA Y ADOPCION. *¿Adoptar o no adoptar?.*
<http://usuarios.lycos.es/adoptarono/derechos.htm> Argentina. Última visita Julio 2006.
- 51.- RIVERO HERNANDEZ, Francisco. *La filiación en Cataluña en el momento actual*. Temas de pret Civil catalá. Quaderns de ciencias socials, núm 6. 1984.
- 52.- SERVICIO SOCIAL INTERNACIONAL. *Children's Rights and Adoption*, folleto, SSI. Ginebra. 1998
- 53.- TURNER SAELZER, Susan y otros. *Técnicas de reproducción humana asistida. Una perspectiva desde los intereses del hijo*. Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile. Valdivia. Volumen XI. Diciembre 2000.
- 54.- UGARTE VIAL, J. *Repertorio de legislación y jurisprudencia chilena*. Editorial Jurídica. Santiago. 2000
- 55.- UNICEF. *Adopción Internacional*. Innocenti Digest. Italia. 1999.
- 56.- UNICEF. www.unicef.com Última consulta, 06-03-03.
- 57.- VALLE PONCE, S. *De la legitimación adoptiva en nuestra legislación positiva*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago. 1970
- 58.- WEINSTEIN WESTEIN, G. *Las nuevas normas sobre adopción y salida de menores al extranjero*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago. 1970