

## DERECHO DE FAMILIA, SUCESORIO Y REGÍMENES MATRIMONIALES

*Leonor Etcheberry Court*

Profesora de Derecho Civil Universidad Diego Portales

ADOPCIÓN DE INTEGRACIÓN, CORTE SUPREMA, SANTIAGO 26 DE SEPTIEMBRE DE 2007

Doña S.N.R. solicita se declare a su hija la menor V.D.V.R susceptible de ser adoptada, para efectos de que lo haga su cónyuge don J.A.M.E.

El padre biológico de la menor solicitó el rechazo de dicha susceptibilidad. Esto último fue acogido por el Tercer Juzgado de Familia de Santiago y ratificado por la Corte de Apelaciones de Santiago. La parte demandante interpuso recurso de casación en el fondo ante la Corte Suprema, señalando que se infringieron los artículos 15 inciso segundo y tercero de la ley N° 19.620 y el artículo 12 N° 2 de la misma ley.

La adopción de integración es aquella en que el desamparo del menor sólo se configura respecto de uno de sus progenitores y, además, el que convive con el menor lo ha integrado a su nueva familia y quiere que legalmente pertenezca a ésta. Para estos efectos no es importante que el menor tenga una filiación matrimonial o no matrimonial, aquí lo importante es determinar el abandono del menor

por parte de uno de sus progenitores, oír a éste y a los parientes y tener en cuenta la opinión del niño, sobre todo en caso ya que se trata de una adolescente de dieciséis años.

Si bien es importante la opinión del padre, ésta no es determinante para el juez, pues si éste se opone, el procedimiento puede seguir como un procedimiento de adopción por desamparo.

Para que proceda esta adopción es necesario:

- a) Que el adoptado sea hijo biológico con filiación determinada, sea matrimonial o no matrimonial reconocido por uno de los adoptantes;
- b) Que el adoptado no sea hijo biológico de uno de los adoptantes, y
- c) Que el adoptante progenitor y el adoptante no progenitor estén unidos en matrimonio.

Este tipo de adopción ha sido fuertemente cuestionado en el Derecho extranjero, lo mismo que por la doctrina chilena al señalar:

“que parece criticable que la ley autorice la suplantación de un estado civil previo y la

extinción de todos los vínculos con la familia de origen sólo con la finalidad de insertar al menor en el nuevo matrimonio instaurado por uno de sus progenitores... Por otro lado, tampoco parece razonable la sustitución del vínculo biológico en virtud de la acreditación de haber incurrido en causales de desamparo unilateral. Muchas veces sucederá que ese desamparo uniparental será promovido y construido por el cónyuge progenitor que desea la adopción” (Hernán CORRAL TALCIANI, *Adopción y filiación adoptiva*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2002, p. 172).

En el análisis de la sentencia en comento debemos detenernos en diferentes fundamentos de ella, que van más allá de los dos artículos por los cuales la recurrente interpuso el recurso de casación en el fondo.

El artículo 1º de la ley señala:

“la adopción tiene por objeto velar por el interés superior del adoptado, y amparar su derecho a vivir y desarrollarse en el seno de una familia que le brinde el afecto y le procure los cuidados tendientes a satisfacer sus necesidades espirituales y materiales, cuando ello no le pueda ser proporcionado por su familia de origen”.

Primero, ¿los sentenciadores han construido el interés superior del niño en este caso particular? La recurrente señala que el interés superior en este caso se traduciría en el de insertarse en la familia que afectivamente lo ha cuidado y le ha proporcionado lo indispensable para su desarrollo, a lo cual los sentenciadores nada dicen; además, dejan claro que la opinión de la menor, que en este caso tiene dieciséis años, esto es con una autonomía bastante desarrollada, es querer ser adoptada por su padrastro; si bien se ha sostenido que la opinión del menor no es determinante, es imposible construir el interés superior del mismo, sin tomar en cuenta su opinión, sobre todo debido a la edad que tiene. Puede que en esta opinión haya influido algún tipo de presión de la madre, en el sentido de no tener en su momento una relación fluida con el padre; pero todo esto ya no tiene validez debido a la edad de la menor; claramente si hubiera sido su voluntad verlo, ya es difícil impedirselo; por lo tanto, hay que dejar en claro que en este punto los jueces optaron por el tan criticado paternalismo, ya que habiendo conocido a su padre, y tenido una relación con él, sabiendo lo que eso significa, tenemos que concluir que la menor ha tomado una decisión informada al respecto, pero igual ésta no fue tomada en cuenta al momento de fallar; es más, los sentenciadores se refieren más que nada a la oportunidad que se le debe al padre, más que a lo que quiere la hija.

Segundo, no parece adecuado sostener que las pruebas periciales sólo

puedan ser admisibles si provienen del Servicio Nacional de Menores, o de organismos acreditados ante éste para desarrollar programas de adopción. El programa de adopción está definido en el artículo séptimo de la ley, y no tiene relación con este punto. Es cierto, por otro lado, que el artículo 9 sostiene en su número 3 que para acreditar las circunstancias de que los padres del menor no se encuentran capacitados o en condiciones de hacerse cargo responsablemente de él, los informes deben provenir de dichos organismos, pero en ninguna parte señala que no se puedan acompañar otros informes periciales para establecer si la relación del padre biológico con la menor es adecuado o no o merece ser protegido, más aún si al momento de ser acompañado la madre no lo objetó, ni señaló que no debía ser procedente. Nos parece claro, que mientras más antecedentes tengan los jueces en este tipo de juicios, más fundamentada y acertada será su decisión, y protegerá mejor al menor. Tampoco parece adecuada la actitud de la madre de pretender que dicho informe no sea admisible, pues es la opinión de un sicólogo que entrevistó a la menor, aunque haya sido elegido por la otra parte; además, está claro que fue tomado como un antecedente más, por los que decidieron la cuestión. No creemos que aportar mayores antecedentes sea perjudicial en modo alguno para la correcta decisión, recordemos que hay que construir el interés superior del niño y dicho informe puede ser un aporte.

Tercero, en relación con la mención en la sentencia de primera instancia del derecho a la identidad, en el sentido que:

“desconocer o prescindir de la paternidad real es provocar un conflicto de identidad que puede provocar daños emocionales más severos” (considerando primero),

debemos señalar que no estamos de acuerdo con esto, ya que la identidad se construye, en primer lugar, sabiendo quienes son sus verdaderos progenitores, lo que la menor ha sabido desde siempre, asimismo, este derecho se construye desde un punto de vista familiar, y ahí es importante determinar a cuál familia la menor se entiende pertenecer, si es a la de su madre, efectivamente el ser adoptada y llevar el apellido de su padrastro será de utilidad para reforzar su identidad y por el hecho que ella ha manifestado el deseo de ser adoptado por éste, refuerza el hecho de pensar que quiere pertenecer definitivamente a esa familia.

Cuarto, el abandono al cual se refiere este caso, es claro que debe configurarse sólo respecto de un progenitor y es un desamparo bastante diferente al que se configura respecto de los otros menores que necesitan ser adoptados, ya que éstos carecen de toda familia, en este caso por regla general, el menor ha sido acogido en una verdadera familia, y a logrado estabilidad y bienestar en ella; por lo cual lo que es necesario determinar

aquí es cual ha sido el papel del padre biológico en la vida de esta menor, no como una forma de castigo al padre, sino como una forma de determinar que es lo mejor para ella. Llama la atención en este punto el hecho de que el padre nunca haya vivido con ella, pues se encontraban separados de hecho desde el momento de su nacimiento, esto, si bien puede influir, es algo que pasa en muchas parejas, que no tienen problemas en su relación con los hijos, pero es más determinante el hecho de que el padre jamás haya tratado de pedir el cumplimiento del régimen de visitas decretado y, aún más, no ha visto a su hija desde el año 2006, cuando su hija ya tiene quince años y es capaz de decidir si quiere verlo o no. El padre justifica lo anterior señalando que tiene problemas con la madre, lo cual puede ser efectivo, pero si tuviera una buena relación con su hija estos problemas no valdrían a la hora de que ella decidiera si quiere salir o no con él, o si quiere ser adoptada o no por su padrastro. A su favor juega el hecho de que casi siempre ha cumplido con su obligación alimenticia, pero lo anterior no es determinante, pues el artículo 12 número 2 sostiene que procede la declaración de susceptibilidad si el padre no le proporciona atención personal o económica durante cuatro meses, lamentablemente la no atención personal, ha durado mucho más que eso.

Quinto, creemos que el problema de no construir el interés superior del niño, nos enfrenta con una reso-

lución a lo menos dudosa en cuanto a su conveniencia. Creemos que el no tener en cuenta la opinión de la menor también lo es, no queda claro en la sentencia por qué la menor quiere ser adoptada, conociendo a su padre biológico, cómo se puede saber cuál es la familia a la cual ella quiere pertenecer, cuáles son los hermanos con los cuales ella quiere compartir su apellido, a quien ella considera y quiere como su padre; todo lo cual debió ser establecido por el tribunal para evitar problemas en su desarrollo futuro.

Entendemos que, si bien el juez debe hacer todo lo posible por mantener al hijo en su familia biológica, debido a la aplicación del principio de la subsidiariedad que juega en la adopción, cuando la menor tiene una edad considerable para manifestar su opinión y su preferencia en cuanto a su adopción, pareciera que en el fallo se trata de favorecer al padre biológico que a la hija. No es una materia fácil de decidir, pero en la medida que los jueces logren tener a la vista todos los elementos del interés superior será más fácil para ellos fallar y para la sociedad comprender los motivos de la sentencia, lo cual en este caso no resultan claros.

#### BIBLIOGRAFÍA

CORRAL TALCIANI, Hernán, *Adopción y filiación adoptiva*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2002.