

HERNÁN CORRAL TALCIANI, *Adopción y Filiación Adoptiva*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile, 2002.

En esta nueva obra del prestigioso jurista Hernán Corral Talciani, se expone, con la claridad y precisión conceptual que lo caracteriza, el tema de la adopción, a la que define como "la constitución por sentencia judicial o pacto solemne de un vínculo jurídico entre una o dos personas llamadas adoptante o adoptantes y otra denominada adoptado, que resulta análoga en sus presupuestos y efectos a la relación que existe entre padres e hijos, y que extingue o se superpone a la relación del adoptado con sus progenitores biológicos". En esa definición queda comprendida, como se advierte, la llamada adopción simple, que ha sido eliminada de la ley actualmente vigente en Chile, lo cual es criticado por el autor, que considera que debió haberse mantenido y perfeccionado para acercarla más a la adopción filiativa, de manera de adoptar una relación permanente entre adoptante y adoptado, similar a la filiación, con derechos incluso hereditarios.

En la obra, que se desarrolla en once capítulos, se hace un exhaustivo estudio del instituto de la adopción, comenzándose por su origen y su evolución histórica a partir del derecho romano, para continuarse luego con su análisis en otras épocas y lugares, como en Gran Bretaña, donde recién fue aceptada por una ley del año 1926. Pone el autor el acento en el cuestionamiento que se hizo de la adopción en la época previa a la codificación, en la cual se la concibió como una especie de convención entre el adoptado, su familia de origen y el o los adoptantes, como también en el cambio de actitud ocurrido al respecto a partir de la Primera Guerra Mundial, debido al número de huérfanos que requerían de una familia, perfilándose el instituto como un medio de ofrecer a niños desamparados el entorno afectivo de una familia, más que como una forma de otorgar un sucesor al adoptante. Para, al final de la época del 30, incorporarse la adopción legitimante —lo que ocurrió primero en Francia, donde al igual que en el Uruguay, el secreto sobre el origen biológico del adoptado constituyó una de las características del instituto—, para pasar más adelante al modelo de la adopción dual: con y sin ruptura del lazo biológico con la familia de origen.

Analiza el autor las actuales tendencias de la adopción en el mundo occidental, entre ellas, la crítica que se ha efectuado en algunos lugares a la adopción plena, por considerársela innecesaria, como también los reparos hechos a los efectos radicales de esa especie de adopción, y el relajamiento del secreto de la filiación biológica. La

primera parte de la obra concluye con un análisis somero de aspectos generales de la adopción en leyes de distintos países. En el capítulo siguiente se desarrolla el tema de la evolución de la institución en Chile, desde la sanción del Código de Bello —que no la contemplaba— hasta la actualmente vigente Ley N° 19.620, sancionada en el año 1999 y reglamentada por Decreto 944 de ese mismo año, sobre cuya constitucionalidad se pronunció previamente en forma afirmativa el Tribunal Constitucional.

Como fundamentos de la adopción enumera la necesidad de otorgar una nueva familia a quien no cuenta con una que sea capaz de darle al menor lo necesario para desenvolver su vida, el hecho de otorgar descendencia a quienes no pueden procrear, así como también la integración de un hijo en un grupo familiar con el cual convive, como en el caso de la adopción del hijo biológico de uno de los cónyuges por parte del otro.

Señala Corral Talciani, con cita de Carbonnier, que la filiación adoptiva es una filiación puramente jurídica que reposa sobre la presunción de una realidad no biológica sino afectiva, construida sobre el modelo de la filiación por naturaleza, estableciendo el Derecho artificialmente entre las partes una relación de padre o madre a hijo. Al analizar la distinción de la adopción con otras figuras, pone de relieve la relación que existe entre los padres y el hijo gestado mediante técnicas de reproducción asistida, sea en virtud de la llamada donación de gametos o de la gestación por cuenta de una madre sustituta, supuestos en los cuales —dice— "los que pretenden asumir la paternidad no se encuentran con una situación previa de desamparo, sino que producen, promueven, negocian e incentivan la creación de un niño desamparado", mientras que en la adopción no se "incentiva el desamparo de niños para que puedan ser objeto de adopción por una pareja infértil que desea descendencia", sino que "se parte de un mal que ya se ha consumado previamente y sin que se haya promocionado e incentivado".

El autor estudia los distintos principios que inspiran el régimen adoptivo chileno, consistentes en el interés superior del niño; el de la subsidiariedad de la adopción y de la consiguiente prioridad de la familia biológica; el de la inseparabilidad de los hermanos (que no es absoluto, por cuanto la ley establece que "en caso de que dos o más menores que se encuentren en situación de ser adoptados sean hermanos, el tribunal procura-

rá que los adopten los mismos solicitantes”); el de preferencia para la adopción por parte de la familia matrimonial; el principio de reserva, de carácter relativo; el del conocimiento de la verdad biológica, cuyo objeto no consiste en la recuperación de la filiación de origen, sino en que el adoptado sepa de su condición y de las circunstancias de su adopción, además de su verdadera identidad, en el supuesto de que así lo requiriera; y por último, el principio de preferencia de la adopción nacional, habiendo, no obstante, establecido la ley que la admisión de la adopción por parte de un matrimonio no residente en Chile se puede preferir “si median razones de mayor conveniencia para el interés superior del menor”, y “cuando no existan matrimonios chilenos o extranjeros con residencia permanente en Chile interesados en adoptar y que cumplan los requisitos legales”. Pone de relieve Corral Talciani la preferencia que para la adopción establece la ley con relación a los matrimonios, por sobre la adopción por parte de una persona soltera o viuda (supuestos estos de adopción que el autor critica), y aclara que a diferencia de la adopción por parte de un matrimonio, en que la preferencia se otorga en razón de la residencia en el país y no por la nacionalidad, en el caso de la adopción por una persona soltera o viuda, la ley exige que la misma sea de nacionalidad chilena, además de tener que residir en forma permanente en Chile.

Como caracteres de la adopción en la ley chilena, afirma que constituye una institución de orden público; pone de relieve la necesidad de la intervención de la justicia; remarca la subsidiariedad de la adopción (en comparación con la filiación biológica), su gratuidad (al constituirse sin intermediarios con propósitos lucrativos y por un acto de mutua generosidad entre el o los adoptantes y el adoptado), y su irrevocabilidad, sin perjuicio, naturalmente, de la nulidad del acto por el cual se ha constituido, todo lo cual es analizado con cuidadoso criterio.

Del adoptado y de la declaración de adoptabilidad se ocupa Corral Talciani en otro capítulo, donde desarrolla esos temas con gran prolijidad, contemplando las distintas posibilidades existentes y fundamentando en forma clara y concisa las soluciones que, a su juicio, consagra la ley en cada caso. Allí se comienza por establecer quiénes pueden ser adoptados: a) el hijo entregado voluntariamente por sus padres, quienes, y esto es prioritario, deben estar incapacitados de manera grave y permanente para hacerse cargo convenientemente del menor. Critica el autor con elocuentes y precisos fundamentos la disposición de la ley que permite que se dé en adopción al hijo por la voluntad de uno solo de los padres, en el supuesto de que el otro no pudiera ser citado a ese efecto por estar “imposibilitado de manifestar su voluntad”; b) señala Corral Talciani que también puede ser adoptado el menor que se encuentra en situación de desamparo, lo cual ocurre en

los supuestos de inhabilidad física o moral de los padres, en los casos de falta de atención personal, afectiva y económica, y cuando el menor ha sido entregado a una institución o a un tercero con ánimo de liberarse de las obligaciones paternas; y c) por último, también es susceptible de adopción el hijo de uno de los cónyuges adoptantes, y el descendiente consanguíneo no hijo de uno de los esposos que quieren adoptar. Lo anterior es criticado por el autor —siguiendo en parte autorizadas opiniones de destacados juristas argentinos como Catalina Elsa Arias de Ronchietto y Daniel Hugo D’Antonio—, lo que hace con precisos y fundados argumentos, en especial, por el hecho de los efectos que tiene esa supresión respecto de los vínculos que el adoptado tenía con sus anteriores parientes.

También se analizan los requisitos comunes que se exigen con relación a las personas susceptibles de ser adoptadas, consistentes en el hecho de ser una persona natural, menor de edad (lo que el autor interpreta que debe ocurrir a la fecha de la presentación al Tribunal de Menores de la solicitud de adopción), no haber sido objeto de una adopción previa, y ser menor en al menos veinte años respecto del o de los adoptantes. Salvo, en este último caso, que uno de los cónyuges adoptantes fuere ascendiente por consanguinidad del adoptado, o que el juez, en resolución fundada, redujera esa diferencia, lo que puede hacer en no más de cinco años. Se aclara la posibilidad legal de la adopción múltiple, sea simultánea o sucesiva, habiendo la ley dado preferencia para que ello ocurra cuando los menores a ser adoptados sean hermanos.

Se ocupa asimismo el autor del rol de la voluntad del adoptado, necesaria en el caso de tener más de 12 años la mujer, y de 14 el varón, como también de la adopción sucesiva —que interpreta que se encuentra vedada, aun cuando la ley no lo establece expresamente—, y de la adopción acumulativa o conjunta, que solo es permitida cuando los adoptantes han contraído matrimonio. Esto último, con la excepción de la adopción *post mortem*, que se admite cuando el trámite hubiera sido iniciado en vida de ambos cónyuges, o cuando el fallecido hubiera manifestado su voluntad de adoptar conjuntamente con el sobreviviente (aunque en ese caso la adopción no tiene efectos retroactivos, lo que impide que el adoptado herede al fallecido, aun cuando se considera como hijo suyo); estos supuestos son desarrollados en el capítulo VII, donde se aclara que los esposos deben estar casados desde por lo menos desde dos años antes, salvo que uno o ambos sean infértiles. Además, dice, debe evaluarse a los adoptantes tanto física como mentalmente, y tienen que ser psicológica y moralmente idóneos, idoneidad que acertadamente considera el autor que no existe cuando el adoptante vive en concubinato, sea o no adulterino, puesto que aun tratándose de una unión de hecho entre personas capaces de contraer matrimonio entre sí, el negarse a hacerlo,

afirma, revela un cierto desprecio por las instituciones familiares que pone en riesgo la buena crianza y educación del menor; con cita de Mazzinghi, aclara que lo que la ley reclama son cualidades morales, que no se juzgan con el patrón de lo lícito o ilícito, como tampoco es ilícita la pasión por el juego, el alcoholismo o la haraganeería. Por otra parte, agrega, sería incoherente que se permitiera la adopción por uno de los convivientes, cuando ella no se permite por uno solo de los esposos en el caso de estar casado. En dicho capítulo también se analizan los requisitos que la ley establece con relación a la existencia de una edad mínima para adoptar, y —a diferencia de la ley argentina— también de una edad máxima, pudiendo aquella ser reducida hasta en cinco años, mediante autorización judicial; ello, sin perjuicio de la excepción a la edad máxima, que la ley admite en el caso de que uno de los adoptantes fuera ascendiente por consanguinidad del adoptado.

En acertado enfoque el autor comparte la disposición que impide que adopten las parejas que carecen de un vínculo conyugal, como también aquellas compuestas por personas del mismo sexo. Es que, señala, “no se busca un niño para una pareja que pretende satisfacer sus íntimos e individuales anhelos de experimentar la paternidad, sino de una familia para que un niño pueda desarrollar su personalidad armónicamente”. Afirma Corral Talciani, con razón, que “parece incuestionable que ya no solo por su inestabilidad jurídica, sino por la confusión de las figuras paterna y materna, la unión de personas del mismo sexo no puede ser considerada un hogar idóneo para la crianza y educación de un menor”, apartándose radicalmente la unión homosexual del concepto de familia de raíz cristiana que acepta la Constitución de Chile, además de no avenirse con la noción que de la familia admiten los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, que la conectan con el derecho del hombre y de la mujer de contraer matrimonio y con la descendencia que proviene de dicha unión. Lo cual, concluye, no significa incurrir en una discriminación arbitraria, pues no se trata de una cuestión de igualdad, sino de idoneidad para adoptar, considerando el interés primordial del menor y no las aspiraciones o deseos de autosatisfacción de los adoptantes.

No se encuentran ausentes del análisis las distintas situaciones en las cuales corresponde disponer judicialmente —con fundamento en normas que en alguna medida son contradictorias— confiar el cuidado de un niño a personas distintas de sus padres. Se explican, asimismo, los trámites necesarios tanto procesales como de fondo para considerar susceptible de adopción a un menor, además de analizarse los beneficios otorgados a quienes tienen a su cargo a un menor sujeto a una medida de protección: asignaciones familiares, distintos beneficios laborales y prestaciones de salud en favor del menor.

La norma de la ley que, contrariamente a lo establecido tanto en disposiciones de distintas leyes extranjeras —a las que alude—, como también en la Convención sobre Protección del Niño y Cooperación en Materia de Adopción Internacional, permite que el trámite previo de la declaración de adoptabilidad pueda ser iniciado respecto del menor que aún está en el seno materno, es criticada por el autor por representar un estímulo para la venta de menores y prestarse a procedimientos tales como el arriendo de úteros. No obstante, la ley chilena establece que la madre debe ratificar en forma personal antes el juez dentro de los treinta días contados desde el parto (plazo improrrogable y contado por días hábiles), su voluntad de entregar en adopción al menor. Corral Talciani se refiere, asimismo, a la “adopción prenatal” de embriones criopreservados, que también critica por resultar a su juicio contradictorio llamar adopciones a estas operaciones de intercambio de embriones que son funcionales a técnicas de procreación artificial, en las que el hijo es apreciado como producto a obtener tecnológicamente, y en las cuales lo que cuenta es la voluntad de los padres de “obtener un hijo a como dé lugar”, mientras que en la adopción el centro del interés reside en el menor adoptado, que es considerado un sujeto de derechos con intereses superiores al deseo de los adoptantes de devenir en padres. Y si bien el autor no desconoce que con esa “adopción” se le puede dar a la persona concebida la oportunidad de vivir y nacer, piensa que en el caso el remedio podría ser peor que la enfermedad, por cuanto entiende que de ser regulada legalmente constituirá un incentivo más a la producción de embriones abandonados, por lo que en todo caso convendría —agrega— “regular muy estrictamente la posibilidad de rescatar embriones de la situación de abandono criogénico en los que los han colocado padres y operadores médicos fuera de los parámetros de la adopción y más bien como un auxilio biológico”.

El autor desarrolla las normas del proceso de declaración de adoptabilidad (para la consiguiente incorporación del menor en el Registro de personas susceptibles de ser adoptadas), tanto las concernientes a la adoptabilidad por voluntad de entrega de los progenitores, como las correspondientes a la adoptabilidad por desamparo, y las del hijo o descendiente, las cuales difieren en algunos aspectos. Se explican con minuciosidad los roles que cumplen distintos organismos tanto oficiales como privados, e inclusive de entidades extranjeras, esto último por aplicación de lo normado al respecto en la Convención Internacional para la Protección del Niño y Cooperación en materia de Adopción Internacional. Asimismo, se explican las varias etapas que deben desarrollarse en un llamado “programa de adopción”, constituido por un conjunto de actividades tendientes a procurar al menor una familia responsable, las

cuales deben contemplar cuestiones concernientes al apoyo y orientación a la familia de origen, a la recepción y cuidado del menor, a la evaluación técnica de los adoptantes, su propuesta de adopción y su preparación como familia adoptiva, la facilitación del encuentro del menor con los solicitantes, el seguimiento de la adopción y la asesoría al adoptado.

Los aspectos procesales del tema –inclusive los relativos al derecho transitorio por las gestiones y procesos pendientes al tiempo de la sanción de la ley de adopción– no escapan al análisis del autor, pues aparte de lo ya expresado al respecto, se desarrollan con claridad los aspectos del proceso judicial de adopción, como también los efectos de la sentencia, tanto en cuanto al nuevo estado civil y las relaciones de parentesco que quedan establecidas, como en cuanto al nombre del adoptado, la extinción de los vínculos biológicos con su familia de sangre, el derecho del mismo a acceder a su verdadera identidad biológica, el ejercicio de acciones de filiación respecto de su filiación de origen, la protección penal de la reserva de la adopción, su irrevocabilidad y el régimen de nulidad de la sentencia, al que califica como muy restrictivo.

Corral Talciani analiza con lujo de detalles el conflictivo tema de la adopción internacional –que distingue con claridad de la adopción extranjera con efectos internacionales–, la cual tiene por causa, dice, la existencia de numerosos niños abandonados en países del mundo en desarrollo que carecen de la posibilidad de insertarse en una familia que los acoja en su propio país, además de la ausencia de niños para adoptar en países del primer mundo, la mayor facilidad que por lo general existe para adoptar en los países menos preparados jurídicamente, la mayor garantía de que la familia adoptiva no sufrirá perturbaciones por la irrupción de la familia de ori-

gen del menor, y por último, el espíritu de solidaridad que lleva a querer ayudar en forma concreta a la infancia desvalida de los países pobres. No queda fuera del análisis la problemática del tráfico de menores y de los distintos delitos incluidos en la ley chilena de adopción, cometidos como consecuencia de ese tráfico, así como de los controles que para evitarlo han sido establecidos en algunas legislaciones, inclusive en convenciones internacionales.

Cabe poner de relieve la amplitud con la que se tratan los distintos temas que el autor desgrena con minuciosidad, demostrando un conocimiento acabado de los diversos aspectos involucrados en una cuestión que como la de la adopción, presenta ciertas aristas conflictivas, que analiza con autoridad y solvencia. También es objeto de estudio, cuando el interés del tema lo justifica, el contenido de diversas leyes extranjeras y de convenciones y tratados internacionales que se refieren a la adopción, tales como la Convención sobre los Derechos del Niño, la Convención sobre Protección del Niño y Cooperación en materia de Adopción Internacional (Convención de La Haya), el Código Bustamante, el Tratado de Montevideo de 1940, y la Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en materia de Adopción de Menores de La Paz, del año 1994.

El libro está escrito con un lenguaje claro y preciso, en cuyo contenido no se omiten, con un acertado criterio de selectividad, las citas doctrinarias. La obra es ágil y amena, y aunque no se pretende agotar el tema, la misma resulta de suma utilidad no solo para el estudiante, sino también para el magistrado y los estudiosos de la problemática del derecho de familia.

Eduardo A. Sambrizzi
Profesor Universidad Católica Argentina