Revista de Derecho Vol. XXV - Nº 1 - Julio 2012 Páginas 253-263

Sentencia sobre adopción: ¿Y el interés superior del adoptado en el caso concreto? (Corte Suprema)

Comentario de Susan Turner Saelzer

Santiago, veintiocho de febrero de dos mil doce.

VISTOS:

En autos RIT Nº V 210-2011, RUC Nº 1120261620-k del Juzgado de Familia de Valdivia, por sentencia de veinte de julio de dos mil once se acogió la solicitud formulada por doña XXX y don XXX y, en consecuencia, se autoriza a los solicitantes para participar en el proceso de idoneidad de adopción en el Servicio Nacional de Menores.

Se alzó dicho organismo y la Corte de Apelaciones de Valdivia, por sentencia de dos de septiembre de dos mil once, confirmó el fallo de primer grado.

En contra de esta última decisión el Servicio Nacional de Menores dedujo recurso de casación en el fondo, el que pasa a analizarse.

Se trajeron los autos en relación.

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que por el presente recurso se denuncia la infracción del artículo 20 de la Ley Nº 19.620 argumentándose, en síntesis, que los sentenciadores han realizado una errada interpretación y aplicación de la norma citada, lo que determinó que se acogiera la solicitud formulada en autos por doña XXX y don XXX para participar del proceso de evaluación que realiza el Sename sobre determinación de idoneidad como familia adoptiva, lo que no es posible atendida la edad del cónyuge, que es de sesenta y dos años.

Señala que la ley autoriza únicamente la reducción del límite de edad de veinticinco años fijado para adoptar, pero en ningún caso permite ampliar el máximo establecido, que es de sesenta años, como lo hacen los jueces del fondo.

Finalmente, solicita se acoja el recurso y se anule la sentencia recurrida y se dicte otra que declare que los solicitantes no cumplen con los requisitos de edad establecidos por la ley para participar en el proceso de calificación previo a la adopción.

SEGUNDO: Que para un correcto entendimiento y resolución del asunto propuesto, cabe tener presente lo siguiente:

1) doña XXX y don XXX han solicitado autorización para participar en el proceso técnico de evaluación de idoneidad física, mental, psicológica y moral para fines de adopción, ante el Sename;
2) dicho organismo se opone a tal pretensión basado en que el cónyuge tiene sesenta y dos años y, por ende, no cumple con la exigencia que al respecto establece el artículo 20 de la Ley Nº 19.620;

TERCERO: Que los sentenciadores consideran que la facultad de rebajar los límites de edad para efectos de la adopción que confiere al juez el artículo 20 de la Ley Nº 19.620 no se refiere únicamente a los inferiores, sino que lo que busca la norma es flexibilizar la exigencia etaria, por lo que atendidas las circunstancias especiales de los solicitantes se concede la autorización para participar en el proceso de idoneidad en el Servicio Nacional de Menores.

CUARTO: Que según la doctrina, "la adopción es una ficción legal por la que se considera como hijo a quien no lo es biológicamente".

El artículo 1º de la Ley Nº 19.620 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.

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

Por su parte el artículo 1º del Reglamento de la citada ley prescribe: "1º Las disposiciones del presente reglamento se aplicarán considerando siempre el interés superior del niño".

QUINTO: Que del análisis de las normas transcritas se desprende que la finalidad de la institución legal de la adopción –como fuente de filiación– se centra principalmente en el beneficio del menor que va a ser adoptado más allá del de los adoptantes, pues lo que se pretende es proporcionarle a éste una familia que lo proteja y le brinde las condiciones para su adecuado desarrollo, como hijo de éstos, al no haber podido contar con su familia biológica.

SEXTO: Que la Ley Nº 19.620 regula en sus artículos 20, 21 y 31 el procedimiento de la adopción, estableciendo las exigencias que deben cumplirse, las personas que pueden ser adoptantes y la preferencia que debe reconocerse cuando concurra más de uno en relación a un menor. Al respecto cabe tener en consideración –como se ha dicho– que la adopción se funda en el interés del menor que carece o no cuenta con familia que sea capaz de brindarle el apoyo y resguardo necesario, por lo que se trata de una institución o medida de carácter excepcional cuya aplicación debe ajustarse estrictamente a la regulación normativa dispuesta. Así, la determinación de las personas que pueden ser adoptantes, esto es, los cónyuges residentes o no residentes y a falta de éstos las personas individuales solteras o viudas, es taxativa, no pudiendo otorgarse la adopción a otras que se encuentren en situaciones distintas a las consideradas por la ley como habilitantes para la paternidad o maternidad adoptiva.

SÉPTIMO: Que el artículo 20 de la Ley Nº 19.620 señala: "Podrá otorgarse la adopción a los cónyuges chilenos o extranjeros, con residencia permanente en el país, que tengan dos o más años de matrimonio, que hayan sido evaluados como física, mental, psicológica y moralmente idóneos por alguna de las instituciones a que se refiere el artículo 6º, que sean mayores de veinticinco años y menores de sesenta, y con veinte años o más de diferencia de edad con el menor adoptado. Los cónyuges deberán actuar siempre de consuno en las gestiones que requieran de expresión de voluntad de los adoptantes.

El juez, por resolución fundada, podrá rebajar los límites de edad o la diferencia de años señalada en el inciso anterior. Dicha rebaja no podrá exceder de cinco años.

Los requisitos de edad y diferencia de edad con el menor no serán exigibles si uno de los adoptantes fuere ascendiente por consanguinidad del adoptado.

Tampoco será exigible el mínimo de años de duración del matrimonio, cuando uno o ambos cónyuges estén afectados de infertilidad.

En todo caso, no podrá concederse la adopción a los cónyuges respecto de los cuales se haya declarado la separación judicial, mientras ésta subsista. En su caso, la reconciliación deberá acreditarse conforme lo dispone la Ley de Matrimonio Civil".

OCTAVO: Que la Ley de Adopción ha fijado límites de edad, exigiéndose que los adoptantes sean mayores de veinticinco años y menores de sesenta (manteniéndose los rangos que prescribía la Ley Nº 18.703 en materia de Adopción Plena). Nuestra legislación asume el criterio generalizado en orden a establecer una edad mínima, pero se aparta de otras al adicionar un tope máximo. En este sentido debe tenerse en consideración que la institución de la adopción imita la naturaleza de la filiación natural o biológica, mediante la consagración de mínimos y máximos de edad para los adoptantes y diferencias de edades entre éstos y el adoptado, buscando en definitiva que los padres adoptivos tengan la madurez, experiencia y estabilidad emocional suficiente para enfrentar la responsabilidad de la filiación que asumen y, por otro lado, que no exista una brecha generacional que ponga en peligro el cumplimiento de las funciones parentales y produzca el desamparo del adoptado.

NOVENO: Que conforme a lo previsto en el inciso segundo del artículo 20 de la Ley Nº 19.620, el juez puede rebajar los límites de edad de los adoptantes como la diferencia de años con el adoptado, reducción que no puede superar los cinco años, con lo que se puede reducir a veinte años el requisito de edad mínima para los adoptantes, el máximo a cincuenta y cinco años y hasta quince años la diferencia de edades. Tal facultad sólo puede ser ejercida en el evento de existir circunstancias especiales y calificadas que lo ameriten, pues el legislador ha establecido la exigencia que debe hacerse mediante resolución fundada que justifique una decisión en este sentido.

DÉCIMO: Que, sin embargo, tal autorización no ha sido otorgada para aumentar la edad máxima fijada por el legislador y permitir así que personas que superen el límite impuesto por la Ley de Adopción, esto es, sesenta años, puedan adoptar a un menor. A tal conclusión se arriba no sólo de una interpretación literal de la norma en comento, la

que emplea el verbo "rebajar", hipótesis que en este último caso no se cumple porque ciertamente lo que se produciría es un aumento del límite superior, sino que también al tener presente los fines y objetivos de la institución de la adopción, los cuales como se ha dicho persiguen principalmente asegurar el bienestar del adoptado, el que el legislador ha resguardado de este modo entendiendo que el adoptante debe estar en condiciones tanto físicas como psicológicas de cumplir con las responsabilidades y funciones propias de la filiación.

UNDÉCIMO: Que así las cosas, se concluye que los jueces del fondo han incurrido en el yerro denunciado al resolver como lo han hecho ampliando el límite máximo de edad que la ley establece para adoptar, efectuando una errada interpretación y aplicación de la norma del inciso segundo del artículo 20 de la Ley Nº 19.620, pues la realizada se aparta de su correcto sentido y alcance y resulta contraria a la finalidad y naturaleza de la adopción, lo que influyó sustancialmente en lo dispositivo del fallo en estudio pues condujo a los jueces a acoger la acción intentada.

DUODÉCIMO: Que conforme lo señalado, el recurso debe ser acogido.
Por estas consideraciones y visto además lo dispuesto en los artículos 764, 765, 766, 767, 768, 783 y 785 del Código de Procedimiento Civil, se acoge, sin costas, el recurso de casación en el fondo deducido a fojas 10 contra la sentencia de dos de septiembre de dos mil once, que se lee a fojas 9, la que se invalida y reemplaza por la que se dicta a continuación, separadamente y sin nueva vista.

Acordada contra el voto del Ministro señor Muñoz, quien estuvo por rechazar el recurso de casación deducido, por las siguientes consideraciones:

1º) Que la adopción es una institución jurídica que se configura como tal en el Derecho Romano, donde es concebida como una forma de incorporar a un varón púber a la patria potestad de un pater familias, con la finalidad de asegurar la continuidad familiar tanto en el aspecto patrimonial como religioso, pues el adoptado era el heredero y continuador del culto de la familia del adoptante. La adopción debía configurarse de manera similar a la filiación biológica y aunque miraba básicamente al interés del adoptante de contar con un heredero, se velaba también por no perjudicar al adoptado.

En el antiguo Derecho germánico la adopción se practicaba desde tiempos remotos y consistía en un "recibimiento en lugar del hijo" (Annahme an kindes Statt) y entre los francos se conoce la institución de la "affatomía", por la cual se acoge a un extraño en la comunidad doméstica. Estas formas de adopción devinieron en negocios de corte patrimonial, llegando a aplicar incluso para transferencias de bienes, y tenían como principal efecto la generación de derechos hereditarios entre adoptante y adoptado, sin que se adquirieran vínculos de parentesco entre éstos. Durante el Medioevo esta institución fue cayendo en desuso, el derecho canónico no reparó mucho en ella y fue desapareciendo del derecho europeo.

En la época moderna, previa a la codificación, la adopción, aparte de ser considerada extraña por el común de la población, sufre un descrédito al haber sido utilizada como medio de fraude familiar y fiscal. Con la Revolución Francesa vuelve a aparecer, pero en

las leyes que se dictan se la regula como una especie de pacto de efectos restringidos y excepcionales.

Durante el siglo XIX la adopción se concibe como una especie de convención entre el adoptado, su familia de origen y el o los adoptantes, con cierto individualismo al exigir el consentimiento del adoptado, se trata así de un "contrato". El Código Civil francés de 1804 sólo permitió este tipo de adopción entre mayores y casi exclusivamente para fines sucesorios, permitiendo la de menores a través de la testamentaria, exigiéndose un período previo de vida conjunta del menor y el adoptante. El Código Civil español de 1889 reguló también una adopción, menos plena que el derecho romano, con atribución de patria potestad, al igual que el Código italiano de 1865.

Un importante cambio en la función y finalidad de la institución en estudio se produce con las Guerras Mundiales, por las devastadoras consecuencias que éstas originaron. La adopción, ya no se vislumbra como un medio de otorgar descendencia, sino de ofrecer a niños desamparados la protección de una familia que los acoja, pasa de ser un proyecto individual para ciertas familias o personas, a constituir una política de asistencia y protección social de la infancia. Se busca entonces la inserción en la familia adoptante y la desconexión con la de origen al no haber sido capaz ésta de brindarle el amparo necesitado, emergiendo así la adopción legitimante.

Este tipo de adopción surge después de la Primera Guerra Mundial en Francia, se aplica primero, sólo a menores de corta edad y se caracteriza por la extinción de los vínculos con los padres biológicos, para dar paso a un estado civil ficticio que determina que el niño es considerado hijo legítimo del matrimonio adoptante. Luego, este sistema es recepcionado en Latinoamérica, después de la Primera Guerra Mundial, acogiéndose en Chile mediante la Ley 5.343, de 6 de enero de 1934.

En la segunda mitad del siglo XX el interés por la adopción está marcado por la preocupación de otorgar una familia a menores abandonados, pero también surge el interés de parejas estériles de lograr descendencia por esta vía. A partir de los años sesenta se implementan importantes reformas en la materia, la mayoría de las legislaciones admiten un modelo de adopción de menores dual, por una parte, existe una adopción simple que permite que personas solteras o casadas adoptar a un menor de edad, pero sin rompimiento de los lazos biológicos y por otra, una adopción plena, que pasa a ser sucesora de la antigua adopción legitimante, pero ampliada a cualquier menor.

Las actuales tendencias dan cuenta de importantes críticas a los efectos radicales de la adopción plena, en cuanto implica un quiebre total con los padres biológicos y familia de origen. Surgen nuevas modalidades, por ejemplo en el Derecho norteamericano que plantea la figura de la "open adoption", que pretende corregir los problemas psicológicos de la adopción, que convoca a todos los interesados a convenir en conjunto un proyecto adoptivo, y un acuerdo entre adoptantes y padres biológicos para establecer derechos y deberes en relación al adoptado. Por otra parte se va consagrando la improcedencia del secreto en el proceso de adopción, al atenderse a la necesidad del adoptado de conocer sus raíces y origen, a quien se le reconoce internacionalmente el derecho a su identidad.

Nuestro país no ha estado ajeno a la evolución histórica antes descrita recogiendo las tendencias mundiales, mediante la dictación de las leyes Nº 5.343, que entró en vigencia

el 6 de enero de 1934, consagró el modelo de adopción "pacto de familia" que no constituía estado civil ni rompía con los lazos con la familia originaria. Luego la ley Nº 7.613, publicada en el Diario Oficial el 21 de octubre de 1943 que permite adoptar a personas naturales capaces, mayores de cuarenta años y menores de setenta, siempre que carecieren de descendencia legítima o tuvieren hijos mayores de edad que prestaren su consentimiento. El adoptado podía ser cualquier persona mayor o menor de edad, pero debía existir una diferencia mínima de edad con el adoptante de quince años. En 1965 se consagra también el modelo de la legitimación adoptiva con la ley Nº 16.346 que establecía como objetivo el conceder el estado civil de hijo legítimo de los adoptantes con sus mismos derechos y obligaciones, los adoptantes debían ser cónyuges con cinco años como mínimos de casados, mayores de treinta y menores de sesenta y cinco años y se exigía también una diferencia de veinte años con el adoptado. Excepcionalmente se permitía la adopción en caso de viudez o declaración de nulidad del matrimonio. El adoptado debía ser menor de 18 años y encontrarse en situación de desprotección y existía total secreto en el proceso. Posteriormente, el 10 de mayo de 1988 se dicta la ley Nº 18.703 que se limitó a regular la adopción de menores de edad, sin afectar la adopción común o clásica de la ley Nº 7.613, la que articuló un sistema dual, la adopción simple (que no constituye estado civil) y la adopción plena que sustituyó a la legitimación adoptiva y contempló todo un título para tratar las autorizaciones judiciales para la salida de menores al extranjero con propósito de adopción. La adopción simple se establece como una forma de reconocer jurídicamente la custodia que parientes o terceros suelen hacer por propia iniciativa de un menor en situación irregular, se permite adoptar simplemente a las personas naturales mayores de edad, que tengan una diferencia de edad mínima con el adoptado de quince años, no se acepta la adopción de más de una persona salvo que se trate de cónyuges. El adoptado debe ser menor de edad y debe estar en necesidad de asistencia y protección y carecer de bienes o pensiones. La adopción plena se asimila a la regulación de la legitimación adoptiva, pero con algunas modificaciones, como, la de rebajar el límite de edad máxima de los adoptantes a 60 años y de relativizar el secreto del procedimiento.

En 1990 entra a regir para nuestro país la Convención de Derechos del Niño publicada en el Diario Oficial de 27 de septiembre, lo que impondrá exigencias a nuestra legislación a fin de adaptarse a los requerimientos y principios que la misma establece. Como respuesta a esta necesidad nace la ley de Adopción Nº 19.620, a la par de la reforma del estatuto filiativo, inspiradas en la concepción de los menores como sujetos de derechos, a quienes se les debe reconocer y respetar como tales, buscando siempre atender a su Interés Superior.

La actual ley establece un solo tipo de adopción y deroga las leyes anteriores, suprimiéndose así la distinción entre adopción simple y plena y la adopción corresponde únicamente a la plena o legitimante, es decir, aquella que determina que el adoptado sea hijo del adoptante y que sólo procede respecto de menores de edad y se ha abierto a la posibilidad que personas singulares viudas o solteras puedan dar paso a ella.

2º) Que la referencia al desarrollo histórico antes formulado demuestra como la adopción y los fines asignados a la misma han sufrido enormes modificaciones, encontrándose inmensamente ligada a las realidades sociales, costumbres y valores como el

asignado a la infancia y a la solidaridad social, en estrecha relación con los cambios que experimentan otras instituciones como la familia y el matrimonio. Tal conclusión debe tenerse en consideración al momento de efectuar una interpretación de la normativa que actualmente regula la materia en el entendido que se está ante normas de Derecho de Familia, de profundo contenido y movilidad social.

3º) Que, al respecto, no puede dejar de tenerse en consideración que la institución de la adopción, cede en beneficio principal del adoptado, desde que lo que se busca mediante esta vía es otorgarle a éste una familia legal, en razón de no haber contado con la natural que le brindara los espacios y afectos propios y afines a su desarrollo como persona, como se desprende del artículo 1º de la ley Nº 19.620. En esta línea no puede obviarse que el concepto de familia que actualmente se reconoce en nuestra sociedad, no es pacífico, ante la expresión de nuevas formas en que ésta se manifiesta y que dejan de lado la idea clásica de aquella familia nuclear con la presencia de ambos padres e hijos y que parece ser la pensada por el legislador al tratar la adopción, para un matrimonio que asume a un menor en calidad de hijo. Sin embargo, la propia normativa prevé también otras hipótesis que permiten que una sola persona –soltera o viuda– pueda tener la calidad de adoptante y, en definitiva, acceder a esta forma de filiación.

4º) Que la posibilidad que personas individuales sean titulares de la filiación adoptiva, da cuenta en cierto grado del reconocimiento que hace el legislador a otras formas de constituir esta unidad social denominada familia capaz de brindarle a sus integrantes la protección necesaria, en este caso al adoptado, reflejándose de este modo lo que antes se señalaba en cuanto a la transformación de las instituciones de Derecho de Familia y a la necesidad de percibir y responder a los cambios que la sociedad experimenta.

5º) Que en este contexto debe abordarse también el estudio de la disposición del artículo 20 de la ley Nº 19.620, en cuanto fija los límites de edad mínimos y máximos que deben reunir las personas para tener la calidad de adoptantes y la facultad prevista en el inciso segundo de la norma citada, en orden a rebajarlos. En este sentido cabe considerar que si bien nuestra legislación asume que existen criterios generales de edad de los adoptantes que, en términos generales, garantizan una mejor inserción del menor adoptado en el seno de la familia adoptiva y aseguran la protección del amparado y el cumplimiento de las funciones parentales, la posibilidad de rebajar los topes mínimos o máximos de edad que para estos efectos contempla la ley, debe ser interpretada desde una perspectiva razonable, que considere los requerimientos sociales y que atienda principalmente a la finalidad de la adopción.

6º) Que en el caso sub-lite la controversia se plantea específicamente por la edad que tiene uno de los solicitantes, que supera por dos años, el límite máximo y que desea, junto su cónyuge, poder participar en el proceso de calificación de idoneidad a cargo del Servicio Nacional de Menores y ella, conforme a lo señalado debe solucionarse mediante la aplicación de los principios y elementos consignados en el motivo anterior.

Al respecto no puede dejar de considerarse que la norma en disputa establece la posibilidad de rebajar los límites de edad, otorgando al juez la posibilidad de morigerarlos. Dicha facultad debe ser entendida como la autorización que se le da para prescindir de los límites etáreos, rebajando el mínimo o ampliando el máximo de edad de los adoptantes y la diferencia entre éstos y el adoptado, siempre en un rango no superior a los cinco años, de modo que éste tenga mayor flexibilidad, para abocarse a lo realmente importante que es si el o los adoptantes se encuentran en condiciones de asumir las funciones de la filiación adoptiva.

7º) Que, en este sentido, cabe señalar que la interpretación que los jueces del fondo han realizado respecto de la norma materia de la controversia resulta armónica, al perseverar una coherencia lógica y axiológica del sistema jurídico, se ajusta plenamente al principio "favor libertatis", en cuya virtud se prefiere entre diversas opciones la que restringe en menor medida el derecho cautelado, primando la norma más favorable a la persona y permite la adaptación del derecho a las exigencias de bien común de la vida social. Por otro lado, también respeta el principio del Interés Superior del Niño, desde que amplía la posibilidad de otorgar el amparo y protección de la Adopción, al permitir la participación de más personas en estos procedimientos, en la medida que cumplan las demás exigencias legales y condiciones habilitantes.

8º) Que la interpretación racional efectuada por los magistrados de la instancia resulta coherente con las demás disposiciones de la Ley 19.620, puesto que en el caso de autos es el hombre que compone el matrimonio quien excede los sesenta años de edad, previendo la ley, en casos excepcionales, que una persona pueda adoptar a un menor, según se expresa en el artículo 21, con lo cual la señora XXX podría iniciar un proceso de adopción, previo cumplimiento de los presupuestos dispuestos por esa norma, elusión que no puede pretender el legislador y es por ello que deja entregado al juez la evolución de las circunstancias en que pueda, por resolución fundada, superar los límites dispuestos por el inciso primero del artículo 20.

9º)[1*]

10º) Que de la referencia a la historia fidedigna del establecimiento de la Ley, se puede concluir que en la intención del legislador estuvo incorporar en la facultad del tribunal que resuelve sobre la adopción, la facultad de "prescindir de los límites de edad o rebajar la diferencia de edad entre adoptante y adoptado", amplitud que aparece más acorde a los fundamentos de la institución en análisis, que busca el bienestar de los menores como principal motor de su desarrollo, pero sin desatender el de quienes podrán realizarse en la maternidad y paternidad, todo lo cual no puede tener contornos rígidos que

[1] * Se omite el considerando noveno del voto de minoría de la presente sentencia. Dicho considerando transcribe íntegramente la discusión parlamentaria de las normas de la ley Nº 19.620 sobre requisitos de los adoptantes. La versión completa del fallo puede leerse en www.pjud.cl

no sea posible, en casos justificados y como se indica en la normativa "por resolución fundada", extenderlos en límites razonables.

La fundamentación anterior, como toda la expresada, permite, en concepto del disidente, extender la aplicación a una institución que refleja los sentimientos más nobles de las personas, contribuyendo al mejoramiento de nuestra sociedad. Además de lo expuesto, es necesario destacar que solamente se está abriendo la posibilidad a iniciar un proceso de adopción, se permitirá que la pareja quede habilitada para ello, debiendo seguirse toda la tramitación posterior para calificarse su aptitud en el caso concreto. Debemos plantearnos el tema como sociedad y en ese contexto resolver. La amplitud otorgada por este disidente a la norma –que no es más de lo considerado por el legislador– responde a conceder mayor posibilidad de hogares en los que se puedan insertar menores que, de lo contrario, engrosarán el largo listado en situación irregular que existe en nuestro país, aspecto que no puede ignorarse por los juzgadores.

Redacción a cargo del Ministro señor Héctor Carreño S. y del voto en contra su autor.

Regístrese.

Nº 9.088-11.

Pronunciado por la Sala de Verano integrada por los Ministros Sres. Sergio Muñoz G., Patricio Valdés A., Héctor Carreño S., Guillermo Silva G. y Sra. María Eugenia Sandoval G. No firma el Ministro Sr. Muñoz no obstante haber estado en la vista de la causa y acuerdo del fallo, por estar en comisión de servicios.

Autorizada por la Ministro de Fe de esta Corte Suprema.

En Santiago, a veintiocho de febrero de dos mil doce, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente.

Comentario

En esta sentencia de la Corte Suprema, dictada a propósito de un recurso de casación en el fondo interpuesto por el Servicio Nacional de Menores (SENAME) por infracción del artículo 20 de la Ley de Adopción (Nº 19.620), quiero destacar dos aspectos relacionados con el interés superior del niño: por una parte, la aplicación al caso concreto que hace la Corte Suprema del principio aludido y que le permite acoger el recurso y por otra, la comprensión que el SENAME hace del referido principio y que queda reflejada en su rol de recurrente de casación en el fondo.

Para ello, resulta necesario precisar algunas características sobre los hechos: se trata de un matrimonio que solicita incorporarse al proceso de idoneidad, previo a la adopción. La mujer tiene 42 años y el marido 62. Es decir, la primera cumple a cabalidad la edad legal mínima y máxima para ser adoptante y el segundo sobrepasa en dos años la edad máxima. No se registran otros requisitos para adoptar incumplidos por los solicitantes que pudiesen impedir su admisión al proceso referido.

En relación al derecho, cabe apuntar que la regulación legal del requisito relativo a la edad de los futuros adoptantes, contempla un rango de flexibilidad de cinco años para "rebajar los límites de edad" (art. 20 inciso 2º Ley 19.620).

El fallo de mayoría de la Corte Suprema interpreta literalmente la norma antes señalada y, basado en esta interpretación, impide que el rango de flexibilidad aludido sea aplicado para aumentar el límite máximo de edad del marido. Esta solución podría haber sido diversa si el tribunal, más allá de hacer mención general del interés superior del adoptado como principio rector de la adopción, hubiese llenado de contenido dicho concepto indeterminado para el caso concreto. Aplicado como regla de interpretación –función que la propia Corte Suprema le ha reconocido al concepto (sentencia de 14 de abril de 2008)– el interés superior del niño le habría permitido verificar cuál de las dos tesis, la restringida que sigue el tenor literal de la disposición o la amplia que mira a la finalidad de la norma, propende al aseguramiento de los derechos de los niños aptos para ser adoptados. En mi opinión, la incorporación de un matrimonio al proceso previo de idoneidad sólo puede mejorar las posibilidades de que un niño logre efectivamente ejercer su derecho a desarrollarse en el seno de una familia cuando no lo pudo hacer en su familia de origen y, en este sentido, la Corte se inclinó por una interpretación que claramente merma dichas posibilidades.

Por otra parte, la decisión omite considerar que los límites y diferencias de edad establecidos por la ley para la adopción, por pretender emular las condiciones en que se da la filiación biológica, son flexibles dentro de un rango acotado. Aplicado el rango al marido, éste habría cumplido con el requisito de edad al igual que su mujer. Es decir, se trataba del caso más idóneo para la aplicación de la cláusula de flexibilidad etaria, puesto que ni ambos solicitantes sobrepasaban los 60 años (supuesto en el que la cláusula tendría que haberse aplicado respecto de ambos cónyuges) ni uno de ellos superaba los 65 años (supuesto en que habría tenido que ampliarse el margen legal).

En cuanto al segundo aspecto destacado, esto es, a la actuación del SENAME, la Ley de Adopción reconoce un papel protagónico a este organismo en las distintas etapas del procedimiento. Además de todas las funciones administrativas que la ley le encarga (mantención de registros, acreditación de otras entidades, etc.), es el primer obligado a regirse por los principios inspiradores de la adopción, de tal manera de lograr que la institución cumpla con su objeto. Así, la actuación del SENAME debe propender a que la adopción "vele por el interés superior del adoptado" y que ampare "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", según los términos del art. 1 de la referida ley.

En el caso, el SENAME apeló de la resolución del Juzgado de Familia de Valdivia que autorizaba al matrimonio solicitante para incorporarse al proceso de idoneidad asociado a la adopción. Habiendo la Corte de Apelaciones confirmado el fallo de primera instancia, el organismo público interpuso recurso de casación en el fondo ante la Corte Suprema para revertir la decisión, excluyendo con ello a los solicitantes de la posibilidad de acceder a la verificación de su idoneidad. ¿Resulta justificado este actuar? En abstracto, podría argumentarse que sí porque se está velando por la correcta aplicación del derecho. Sin embargo, en mi opinión el organismo yerra en sus prioridades y con ello pierde justificación su postura. ¿Es razonable que el organismo público especialmente destinado a la protección de los derechos de los niños destine tiempo y recursos para lograr impedir que un matrimonio acceda a la etapa previa de la adopción? ¿Se justifica que en la realidad nacional, caracterizada por la

precaria infraestructura física para albergar niños sin hogar y por el fenómeno de la "institucionalización" de los mismos (prolongación excesiva de las internaciones en hogares de menores), el SENAME persevere en excluir a posibles adoptantes basándose en un punto de derecho tan discutible?

Parece más bien que el SENAME debería guiar sus actuaciones por un criterio a favor de la adopción, en que el interés superior del adoptado se traduzca en la aplicación estricta pero no amplificada de los requisitos legales para adoptar.