Artículo: La familia adoptiva en los derechos chileno y francés
Revista: Nº145, año XXXVI (Jul-Sep, 1968)
Autor: Juan Arellano Alarcón

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

REVISTA DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

AÑO XXXVI — JULIO - SEPTIEMBRE DE 1968 — Nº 145

DIRECTOR: **ORLANDO TAPIA SUAREZ**

CONSEJO CONSULTIVO:

MANUEL SANHUEZA CRUZ
RENE VERGARA VERGARA
MARIO CERDA MEDINA
LUIS HERRERA REYES
JORGE ACUÑA ESTAI

IMPRENTA UNIVERSIDAD DE CONCEPCION (CHILE)

Artículo: La familia adoptiva en los derechos chileno y francés
Revista: Nº145, año XXXVI (Jul-Sep, 1968)
Autor: Juan Arellano Alarcón

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

JUAN ARELLANO ALARCON

Profesor de Derecho Civil y Jefe del Departamento de Derecho Comparado de la Escuela de Derecho de la Universidad de Concepción.

JEAN GUYENOT

Catedrático de la Facultad de Derecho y Ciencias Económicas de la Universidad de París y Profesor Visitante del Depto. de Derecho Comparado de la Escuela de Derecho de la Universidad de Concepción.

LA FAMILIA ADOPTIVA EN LOS DERECHOS CHILENO Y FRANCES

ESTUDIO COMPARADO

1.— Tanto en su acepción etimológica como en su uso corriente, "adoptar" significa hacer suyo. La familia adoptiva sería, entonces, la que una persona se crea haciendo "suyo" a "alguien" para procurarse una descendencia, por carecer de posteridad legítima.

De acuerdo a este uso, la institución no puede considerarse solamente respecto del que adopta, sino también del adoptado. Al entrar en una familia, éste último la haría igualmente suya, lo que supone su consentimiento; y si él es incapaz de darlo, el consentimiento de sus representantes legales.

En otros términos, la familia adoptiva se formaría, a la manera de un contrato, por un intercambio recíproco de la voluntad que emana de dos personas: por una parte el que adopta y por la otra el adoptado.

Como el resultado es la creación de una familia, la adopción exige siempre un trámite judicial con el concurso de los poderes públicos. La intervención de la autoridad pública, que delega sus facultades en el Poder Judicial, no debe ocultar o hacer olvidar el papel fundamental de la voluntad privada en la creación de la familia adoptiva.

El rol que juega la voluntad, constituyendo ésta el verdadero poder creador originario, confiere a la familia adoptiva una similitud con la familia legítima. Esta última nace igualmente por efecto de la voluntad privada, expresada en la ceremonia del matrimonio. Es por eso que el matrimonio se ha podido asimilar a un acuerdo de voluntades, que la teoría institucional no puede reducir o desconocer.

Artículo: La familia adoptiva en los derechos chileno y francés
Revista: Nº145, año XXXVI (Jul-Sep, 1968)
Autor: Juan Arellano Alarcón

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

2.— En este orden de ideas, la familia adoptiva puede parecer jurídicamente de naturaleza superior a la familia legítima, en la medida en que el papel creador de la voluntad es soberano.

La voluntad manifiesta su poder en su grado más alto, pues basta que ella se exprese para que la familia adoptiva se forme. Al contrario, en la familia legítima la voluntad no basta para permitirle constituirse, a menos que se considere que esta familia puede limitar su extensión a la pareja sin posteridad. Pero el sentido común no se engaña, al calificar de unión y no de "familia" a esta asociación legal formada por esposos sin hijos.

La familia adoptiva presupone la procreación de hijos; pero aquélla corresponde a otras personas y no a los padres adoptivos. La voluntad tiene una fuerza tal que, habiendo penetrado en las formas legales, va a hacer del adoptado un hijo legítimo, como si hubiera sido procreado por los padres adoptivos.

Puesto que la voluntad desempeña un papel fundamental, nada impide al legislador permitir que pueda adoptar una persona soltera. La adopción hecha por una sola persona, no comprometida por los lazos del matrimonio, puede imitar a la naturaleza, del mismo modo que la adopción realizada por dos personas casadas. En la medida en que el Código tiende en esta materia a querer imitar a la naturaleza, la adopción hecha por una sola persona dará nacimiento a una especie de "familia natural adoptiva", así como existe una "familia natural" constituida a causa del reconocimiento de paternidad o maternidad que emana de uno de los padres. La presencia de personas unidas por adopción a la que los adopta puede convertirse en centro de atracción para la constitución de una familia adoptiva más completa mediante el matrimonio posterior del adoptante con una persona que quiera a su vez cumplir las funciones de éste.

Esta adopción, siendo sociológicamente satisfactoria, está del mismo modo de acuerdo con las concepciones civilistas del papel de la voluntad en la formación de los lazos jurídicos en el Derecho Familiar. El reconocimiento de un hijo natural no es de naturaleza diferente a la adopción hecha por un solo padre. El Derecho Familiar admite la declaración unilateral de una voluntad para que se produzcan los efectos cuando se cumplan las condiciones legales.

Ciertas legislaciones, como la suiza, permiten que un padre de familia pueda reconocer a un niño que uno de sus hijos o hijas haya tenido fuera del matrimonio, siempre que aquél no haya sido reconocido por uno de sus progenitores. El reconocido por su ascendiente tendrá la calidad, los deberes y los derechos de un "nieto o nieta" legítimo (*). A la inversa, todos los sistemas jurídicos per-

(*) En realidad, se trata de un reconocimiento en espera que la situación se regularice por el reconocimiento del verdadero padre.

Artículo: La familia adoptiva en los derechos chileno y francés
Revista: Nº145, año XXXVI (Jul-Sep, 1968)
Autor: Juan Arellano Alarcón

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

miten que se pueda excluir de la familia legítima, por el acto de negarlo, al hijo nacido de las relaciones culpables de un esposo con otra persona que no sea su cónyuge. En caso de no realizarse este acto de negación, ¿no sería eso la manifestación de una adopción tácita?

Estas manifestaciones de voluntad que hacen o deshacen las familias son extremadamente inquietantes. El problema estriba en saber qué anima a estas voluntades, pues, en definitiva, ellas se manifiestan tan intensamente en la formación de la familia adoptiva como en la constitución de la familia legítima. En uno y otro caso, no son ante todo más que los lazos de la sangre, los sentimientos bajo sus formas variadas de afecto o amor, que forman el cimiento de las familias, después de ser el móvil creador originario manifestado en el interés por que nazca un hijo tanto como en el interés por las personas que se adoptan.

3.— Partiendo de esto, se desprende la riqueza de la institución objeto de este estudio, y la cantidad de problemas sociológicos y filosóficos que ella promueve, obligando aún a pensar de nuevo en el fundamento y finalidad de los otros tipos de familia, ya sea legítima o natural, en sus relaciones con la familia adoptiva.

Por lo demás, la familia adoptiva no es nueva, como tampoco lo son los otros tipos de familia. Una y otros son tan antiguos como el mundo. La familia adoptiva ha existido en todas las civilizaciones. Ha tenido formas variadas. Ha cumplido también objetivos diferentes, según las circunstancias y las épocas.

Se ha convenido en considerar que el Derecho Romano le ha dado el revestimiento y las formas que se adaptan mejor a su finalidad, cual es la de permitir al hombre que no tiene posteridad legítima procurarse una ficticia, procurarse así descendientes que perpetuarán su nombre y que le asegurarán sobre todo ese culto doméstico considerado por los romanos como una especie de necesidad material para los difuntos. Este fin perseguido se alcanza por la adopción, que hace del adoptado un hijo "in potestate", como el hijo nacido del matrimonio, llamado como él con el nombre de su padre, participando como él del culto doméstico y destinado como él a recibir su herencia.

Esta adopción, que es ante todo una *institución de heredero,* tiene su prolongación en el orden político, puesto que ha permitido a emperadores romanos designar su heredero adoptándolo de acuerdo a las normas del Derecho Civil para obtener un resultado político. Es verdad que, aún hoy día, esta preocupación por asegurarse un heredero se manifiesta a veces intensamente, no ya en el orden político sino en el económico. No se cita el caso de un "jefe de grupo de sociedades comerciales", poderoso y célebre, que encontró en la simple adopción el medio de hacer sobrevivir el imperio a la muerte del emperador.

Artículo: La familia adoptiva en los derechos chileno y francés
Revista: Nº145, año XXXVI (Jul-Sep, 1968)
Autor: Juan Arellano Alarcón

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Sin duda, en toda época y lugar, en las sociedades de tipo tradicional venidas de tiempos remotos, en que la autoridad no se concibe sin el derecho patrimonial, la adopción cumple una función social al establecer la institución de heredero. Ella satisface la necesidad de transmitir una herencia con las cargas y las ventajas que confiere.

Como este tipo de legislación está declinando por la aparición de una forma nueva de civilización, las legislaciones han retenido la adopción del Derecho Romano, la han transformado poco a poco para que cumpla una función que esté más en armonía con las costumbres actuales. Pero a pesar de las grandes reformas que se le han hecho, en ciertos aspectos ella continúa aún unida al pasado que la engendró.

4.— El Derecho Chileno y el Derecho Francés, que se han inspirado en las mismas fuentes romanas, han evolucionado en un sentido semejante a causa de una idéntica transformación de la sociedad, animados por iguales aspiraciones y las mismas necesidades sociales. La adopción llamada simple, proveniente del Derecho Romano, se encuentra reglamentada en una y otra legislaciones, con variantes y modalidades que es interesante comparar en el estado actual de su evolución.

El legislador chileno sintió más pronto que el legislador francés —un año antes por lo menos— la necesidad, no de romper totalmente con el sistema clásico de la adopción anulándola, sino de incrementarla instaurando una nueva forma de adopción, que en Derecho Chileno se llama "legitimación adoptiva" y en Derecho Francés "adopción total", para indicar que la adopción va a producir efectos totales, completos. Por esta institución, tanto la legislación chilena como la legislación francesa —por lo demás muy cercanas en esta materia a la legislación uruguaya— prometen al hombre que no tiene posteridad legítima, no ya procurarse una ficticia, sino crear el ambiente adecuado para una verdadera vida familiar.

En la conformación de una sociedad que pretende consagrarse al hombre para asegurarle su plenitud, la institución nueva debe permitir a los padres adoptivos tener acceso a una forma de felicidad, que las circunstancias y la naturaleza no les habrían permitido obtener aun imitando a esta última en grado superior.

En la formación práctica de la institución, será de nuevo interesante comparar los Derechos Chileno y Francés en su genio creador, nacido en una sociedad con las mismas aspiraciones.

5.— Como existen dos clases de adopción en el Derecho Chileno y en el Francés, las estudiaremos separadamente, de acuerdo al método comparativo más avanzado, examinando en primer lugar la adopción simple, y en segundo lugar, la legitimación adoptiva y la adopción total.

Artículo: La familia adoptiva en los derechos chileno y francés
Revista: Nº145, año XXXVI (Jul-Sep, 1968)
Autor: Juan Arellano Alarcón

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Primera Parte

LA SIMPLE ADOPCION

6.— La costumbre de concebir a la familia como un conjunto de personas ligadas por el parentesco, hace difícil admitir que una familia pueda constituirse basada en otros lazos. Estos parecen fundarse necesariamente en la procreación monógama, de donde resulta que el hijo nacido de la mujer casada es considerado el resultado de la cooperación de su marido; y, por consiguiente, se encuentra igualmente unido tanto a los padres de su madre como a los padres de su padre.

La costumbre es tal, que se necesita hacer un esfuerzo considerable para admitir que existen otros tipos de familia, basados —como en Roma por ejemplo— en la potestad paterna; el hijo es entonces pariente de los padres de su padre y no lo es de los de su madre, pues sólo existe un parentesco en línea masculina y no en línea femenina. Del mismo modo, difícilmente se concibe un tipo familiar en el cual el hijo no esté unido sino a su madre y a la familia de su madre; sin embargo, acontece así en sistemas en que el parentesco no se reconoce sino en línea femenina. El pariente varón más cercano del hijo es entonces el hermano de su madre.

Estos sistemas parecen rudimentarios, y todavía más si se omite el hecho material y patente de la maternidad, y aun de la paternidad, para unir al niño a un grupo familiar o social más amplio que el que la pareja ha formado.

Según nuestra manera de ver, la familia no tiene sentido sino en el orden biológico de la procreación; para sublimar este hecho se lo transporta confundiéndolo con la noción más abstracta y jurídica de paternidad. Entonces, de acuerdo a esta concepción, es muy difícil que prevalezca una familia adoptiva basada en lazos que no son los de la sangre. El fundamento de este tipo familiar escapa a nuestra comprensión.

Por consiguiente, si la familia adoptiva ocupa un lugar en nuestros sistemas jurídicos, lo debemos a una forma de pensamiento, en un marco social que admitía otro tipo familiar además de la familia monogámica fundada en la paternidad biológica. Debemos esta institución a la familia romana, que tuvo por cimiento, no la noción biológica de paternidad, sino el concepto jurídico de la patria potestad. Esta permitía a su detentor colocar bajo su autoridad patriarcal no solamente a los hijos que le daba su mujer, sino también a los hijos que podía tener por otras causas asimiladas al matrimonio, tales como la adopción, y más tarde, en Derecho Romano, la legitimación.

El pater familias, este jefe de hogar que no está bajo la autoridad de nadie, podía poner bajo su potestad a aquellos que le correspondían naturalmente por la procreación, como también a aquellos que él introducía mediante la adopción. Soltero o sin hijos, este "pater" podía formarse una familia por adopción con el

Artículo: La familia adoptiva en los derechos chileno y francés
Revista: Nº145, año XXXVI (Jul-Sep, 1968)
Autor: Juan Arellano Alarcón

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

fin de tener un heredero. En todos los casos la familia se formaba por efecto de la patria potestad, de tal modo que no había diferencia entre la familia formada por la procreación y la que se constituía por adopción, a falta de posteridad biológica. La familia romana era siempre de la misma índole, cualquiera que fuese el origen de sus miembros; todos estaban igualmente sujetos al dominio del padre que tenía sobre ellos la patria potestad.

7.— Bajo la influencia cristiana, cuando se concibe la familia estrictamente de acuerdo al tipo monogámico, no puede ser hijo sino aquel que ha nacido del padre y de la madre. La adopción se convierte en una constitución de la familia que no puede admitirse en el orden natural, pues tiene un carácter ficticio que las costumbres actuales reprueban.

A medida que el sentimiento se refina, se empieza a concebir que puedan existir lazos tan fuertes como los que resultan de la procreación, y de este modo la institución romana de la adopción encuentra un campo nuevo de aplicación. Pero las normas del Derecho Romano no permiten utilizarla sino como un medio de suministrar un heredero al hombre que no tiene posteridad legítima.

Desde entonces, la historia de la adopción no es otra que la de su evolución para establecerla como forma creadora de una familia tan cercana a la familia legítima. Pero tanto por sus características originarias, cuanto para satisfacer el deseo de los que pretenden darse un heredero, a falta de descendencia legítima, la legislación chilena y la legislación francesa confieren a esta forma de adopción clásica un carácter mixto. Así, ella permite tanto darse un heredero sin constituir una familia, como hacerlo dentro de los límites que la legitimación adoptiva y la legitimación total van a traspasar, para llegar a la asimilación completa de la familia adoptiva a la familia legítima.

8.— En el estudio comparado de la adopción, nos limitaremos a examinar el resultado de la evolución de las legislaciones chilena y francesa, para señalar los aspectos sobresalientes del Derecho positivo.

Constataremos que las diferencias son muy sutiles. No debemos asombrarnos de ello, pues estas legislaciones se han formado en un contexto social muy cercano y, por qué no decirlo, común a los dos países.

A causa del carácter institucional de la adopción, que ejerce una dominación en el aspecto contractual sin anularlo, examinaremos, por una parte las condiciones de la adopción (§1), y por otra parte sus efectos (§2).

§1.— *Condiciones de la simple adopción.*

9.— En Derecho Chileno y en Derecho Francés, así como en todos los sistemas jurídicos que han admitido la simple adopción

Artículo: La familia adoptiva en los derechos chileno y francés
Revista: Nº145, año XXXVI (Jul-Sep, 1968)
Autor: Juan Arellano Alarcón

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

—y ellos son innumerables—, estas condiciones pueden clasificarse en dos categorías. Las examinaremos sucesivamente, a saber, por una parte las condiciones de fondo (A) y por otra, las condiciones de forma (B).

A.— *Condiciones de fondo.*

10.— Las condiciones de fondo se refieren a las personas entre quienes la adopción crea un lazo familiar.

Este lazo no puede formarse sino a condición de que las personas pertinentes tengan de algún modo la "capacidad" de adoptar y la "capacidad" para ser adoptado. En otros términos, deben cumplir las condiciones exigidas por la ley para que la adopción sea regular y produzca efecto.

De este modo, las condiciones de fondo se refieren, unas al adoptante (a) y otras al adoptado (b).

a) *Condiciones relativas al adoptante.*

11.— Estas condiciones están previstas por la ley chilena, Nº 7.613 del 20 de Octubre de 1943, que constituye la materia básica, y por los artículos 360 a 362 del Código Civil francés, modificados por la ley Nº 66.500 del 11 de Julio de 1966.

En la última etapa de los dos sistemas jurídicos se advierte una notable similitud en la reglamentación de las condiciones de fondo relativas al adoptante. Las diferencias existentes se refieren sólo a algunas modalidades prácticas de su aplicación.

En la reglamentación del sistema, tanto el legislador chileno como el francés prevén las condiciones de edad y la situación familiar del adoptante, para regularizar la adopción en lo que le concierne.

1º— *Condiciones relativas a la edad del adoptante.*

12.— En primer lugar, mientras que el Derecho Chileno fija límites de edad dentro de los cuales se permite la adopción, el Derecho Francés no prevé sino la edad mínima en que una persona pueda adoptar a otra.

En efecto, en virtud del artículo 2º de la ley chilena citada anteriormente, sólo pueden adoptar las personas naturales que tienen más de cuarenta años y menos de setenta. En Derecho Francés se permite la simple adopción a las personas de uno y otro sexo mayores de treinta y cinco años (artículo 361 del Código Civil, que se remite a los artículos 343 y siguientes del mismo Código).

La diferencia de estas legislaciones en lo relativo a las condiciones requeridas en cuanto a la edad del adoptante, señala una especie de conflicto en la concepción misma de la naturaleza de la adopción. Si ésta está destinada a ser el marco institucional creador de una familia, la edad mínima requerida en Derecho Chileno es

Artículo: La familia adoptiva en los derechos chileno y francés
Revista: Nº145, año XXXVI (Jul-Sep, 1968)
Autor: Juan Arellano Alarcón

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

demasiado elevada. Respecto a esto, el Derecho Francés parece más racional, al exigir una edad menor para poder adoptar.

Pero si la adopción está destinada a permitir igualmente darse un heredero, no conviene fijar un límite en la edad exigida al adoptante. Puede ser precisamente en una edad avanzada, esto es, después de los setenta años, cuando el hombre que siente venir la muerte experimenta una necesidad intensa de transmitir su nombre y su patrimonio a una persona que quiera adoptar con este fin. En este sentido, pareciera que el Derecho Francés fuera más racional al no prever límite para la edad exigida al adoptante.

Por consiguiente, el Derecho Francés logra conciliar mejor las dos concepciones de la naturaleza de la adopción, sin dar preferencia a uno u otro aspecto, no solamente no estableciendo un límite máximo de edad, sino también admitiendo excepciones en la regla que concierne al límite de la edad mínima de treinta y cinco años. Es así como la adopción puede solicitarse, después de 5 años de matrimonio, en conjunto por los dos cónyuges, de los cuales uno por lo menos es mayor de treinta años (artículo 343 del Código Civil).

13.— En segundo lugar, el Derecho Chileno y el Francés prevén en forma racional que el adoptante sea mayor que el adoptado.

Esta previsión, que parece sorprendente a primera vista, evita que personas moralmente deshonestas, modifiquen el orden natural de las cosas. Por eso, no se verá nunca que un anciano se haga adoptar por un niño, aunque el primero tuviese la intención de hacer del segundo su heredero, lo que habría sido posible a causa de los bienes sucesorales que crea la adopción entre las personas unidas por ella.

La diferencia de edad es de 15 años tanto en el Derecho Chileno como en el Francés. Esta diferencia puede, sin embargo, reducirse en el Derecho Francés, cuando el adoptado es hijo de la persona que se convierte en cónyuge del adoptante. La diferencia de edad es entonces sólo de 10 años. Pero puede aún ser inferior a 10 años, gracias a una dispensa del Presidente de la República (artículo 344).

La disminución en la diferencia de edad se explica por el deseo del legislador de favorecer lo más posible la formación de un verdadero marco familiar, tanto para el hijo adoptado como para los cónyuges, de los cuales uno es el adoptante de los hijos del otro. Estos hijos pueden provenir, ya de un matrimonio anterior disuelto por fallecimiento o divorcio, o bien ser hijos naturales que uno de los cónyuges tenía antes del matrimonio.

2º— *Condiciones relativas a la situación del adoptante.*

14.— En primer lugar, el adoptante no debe tener descendientes legítimos, condición que es común al Derecho Chileno (artículo 2º ya citado) y al Derecho Francés (artículo 345 - 1 del Código Civil).

Artículo: La familia adoptiva en los derechos chileno y francés
Revista: Nº145, año XXXVI (Jul-Sep, 1968)
Autor: Juan Arellano Alarcón

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Este requisito se justifica en la medida en que la adopción es, como en Derecho Romano, un medio institucional que permite al hombre que no tiene posteridad legítima procurarse un descendiente que perpetúe su nombre, en otras palabras "su recuerdo", asumiendo los cargos que corresponden a todo sucesor. Pero la adopción no se concibe tan fácilmente en el caso en que ella sea el marco institucional creador de una familia, que puede ser muy numerosa por la cantidad de hijos.

Sin embargo, tal condición ha sido impuesta, al declarar que una persona no debe dañar de ninguna manera a una descendencia legítima ya establecida, procediendo a una adopción posterior. Este argumento, sin embargo, parece débil, a menos que se considere la existencia de descendencia legítima bajo un ángulo material y patrimonial. Ahora bien, la familia tiene otra base en una concepción más sana de las relaciones entre padres e hijos; la familia aparece entonces como el centro de una felicidad común en la vida cotidiana que los reúne.

Es por eso que cuando se propuso la reforma de 1966, el mantenimiento de esta condición fue debatido ardorosamente en el Parlamento francés, y el legislador le introdujo atenuaciones. Por una parte, por dispensa del Presidente de la República, la adopción puede permitirse a una persona que tiene ya descendencia legítima (nuevo artículo 345 y siguientes, del Código Civil). Por otra parte, la existencia de hijos adoptados no obstaculiza una nueva adopción (artículo 345 - 1, ya citado). En fin, es posible la adopción después del nacimiento de un hijo legítimo venido al mundo con posterioridad al recibimiento en el hogar del adoptante de un niño que éste hubiera recogido con el fin de adoptarlo (artículo 345 - 1, ya citado).

Esta hipótesis se comprende ilustrándola con un ejemplo. Un matrimonio sin hijos quiere proceder a una adopción. Para este efecto recoge un niño y lo instala en su hogar. Cuando ya los esposos no tenían esperanzas de procrear hijos, la mujer queda encinta y da a luz. La llegada de este hijo al hogar no obstaculiza la adopción del niño recogido anteriormente.

Con mayor razón, si el matrimonio tiene hijos después de una adopción, ésta continúa verdadera, solución establecida tanto por las disposiciones ya citadas de la legislación francesa y como por las del Derecho Chileno, que no prevé esta causa entre las que acarrearían la expiración de la adopción.

15.— En segundo lugar, la adopción pedida por una persona casada no puede realizarse sino con el consentimiento del otro cónyuge, a menos que se encuentre imposibilitado para manifestar su voluntad.

Esta condición se justifica fácilmente, pues un esposo no puede imponer a su cónyuge una persona que éste no acepte recoger en su hogar. Los cónyuges deben estar de acuerdo, tanto por el interés del adoptado como por su propio interés, porque en caso

Artículo: La familia adoptiva en los derechos chileno y francés
Revista: Nº145, año XXXVI (Jul-Sep, 1968)
Autor: Juan Arellano Alarcón

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

contrario la vida familiar que se pretende crear estaría tan agitada por la oposición de uno de ellos, que no valdría la pena constituirla. Una pregunta se impone, al menos en Derecho Francés, en el sentido de si la negativa de consentir en una adopción pedida por el otro cónyuge podría ser quizás una causa de divorcio.

En todo caso, en el Derecho Chileno y en el Francés la exigencia de esta condición presenta la única hipótesis en que una persona puede ser adoptada conjuntamente por dos personas. Es verdad que ellas son marido y mujer, lo que se justifica en la concepción de la adopción según la cual ella es el marco creador de una familia. Por consiguiente, si se destruye la familia por el deceso de los dos adoptantes, una nueva adopción puede producirse por otras dos personas.

b) *Condiciones relativas al adoptado.*

16.— Los requisitos legales que conciernen a las condiciones de fondo relativas al adoptado, para regularizar su adopción, pueden distribuirse en dos categorías.

En primer lugar, unas se refieren al consentimiento del adoptado, o —si él es jurídicamente incapaz de manifestar su voluntad— al consentimiento de sus representantes legales. Respecto a esto, el Derecho Chileno y el Francés presentan algunas diferencias en la presentación de dicha condición.

En segundo lugar, la adopción debe efectuarse de acuerdo al interés del adoptado. Esta segunda condición está explícitamente prevista por el artículo 353 del Código Civil francés. Veremos la justificación de esta medida, aunque parece evidente que ningún tribunal concedería una adopción que no estuviese de acuerdo a los intereses del adoptado.

Examinaremos sucesivamente cada una de estas dos condiciones.

1.— *El consentimiento del adoptado o de sus representantes legales.*

17.— El artículo 5º de la ley chilena ya citada, así como el artículo 360 del Código Civil francés, exigen que el adoptado, o, si él es incapaz, su representante legal, consientan personalmente en la adopción.

La adopción tiene un carácter contractual. Respecto a esto, en un plano formal, la ley chilena parece más fiel que la francesa al carácter convencional de la adopción, que exige el intercambio del consentimiento de los interesados, pues el mencionado artículo 5º dispone que la adopción no puede ser concedida por los tribunales sino con el consentimiento del adoptante y la aceptación del adoptado, que se supone ha recibido el ofrecimiento. Por su parte, el artículo 360 del Código Civil francés exige solamente el consentimiento del adoptado, sin hacer notar que puede tratarse de una aceptación a un ofrecimiento del adoptante.

Artículo: La familia adoptiva en los derechos chileno y francés
Revista: Nº145, año XXXVI (Jul-Sep, 1968)
Autor: Juan Arellano Alarcón

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

A la inversa, la ley francesa se preocupa de precisar que la adopción se permite cualquiera que sea la edad del adoptado, y ello, a diferencia de la legitimación adoptiva o de la adopción total, que no pueden operar sino en el caso de que se trate de un menor de pocos años.

En el plano de la simple adopción, el Derecho Francés presenta una disposición original. Si el adoptado tiene más de quince años, debe consentir personalmente en la adopción (artículo 360, inciso 2º del Código Civil). Aunque sea jurídicamente incapaz, entre los quince y los veintiún años, el legislador se desentiende en cierto modo de su incapacidad para permitirle expresar su voluntad. A la edad de quince años, el legislador le concede el derecho de decidir sobre la oportunidad de una elección, lo que es tanto más notable cuanto que en Derecho Francés la edad para que un menor pueda contraer matrimonio es de dieciocho años para los hombres y de quince años para las mujeres. Por consiguiente, si un menor de más de quince años y menor de veintiuno rehusa consentir personalmente en la adopción, el tribunal no puede pasar por sobre su voluntad, aunque los representantes legales del adoptado hayan dado su consentimiento. La voluntad del menor es determinante, aun cuando éste sea jurídicamente incapaz.

Esta solución es por lo demás psicológicamente acertada, pues a la edad de quince años un menor puede aceptar fácilmente un ambiente familiar nuevo, si ha consentido en un acto tan grave como la adopción que recae sobre su situación personal, al colocarlo bajo la autoridad paterna del adoptante.

18.— En la práctica se presentan diversas situaciones, según si el adoptado es un hijo legítimo menor, un hijo natural o un "pupilo del Estado". El Derecho Chileno y el Francés tienen soluciones muy próximas, con particularidades interesantes.

Examinaremos sucesivamente estas hipótesis, suponiendo, claro está, que si el adoptado es mayor de edad, él solo interviene en el acto de la adopción.

Si se trata de un hijo legítimo que tiene todavía su padre y su madre, éstos deben consentir, uno y otro, en la adopción. Pero en Derecho Francés, tratándose de niños menores de dos años, que deben ser objeto de una adopción total, el consentimiento de los padres está subordinado a la entrega previa del niño al Servicio de "Ayuda Social a la Infancia" o a una "obra de adopción autorizada" (artículo 351 del Código Civil). Después de la entrega del niño, que equivale al consentimiento, los padres tienen derecho a arrepentirse. Pueden retractarse de su consentimiento durante los tres meses siguientes. Si no se retractan, junto con consentir en la adopción del niño, pueden dejar la elección del adoptante al "Servicio de Ayuda Social a la Infancia" o a "la Institución de adopción autorizada" a la cual se entregó el niño.

Si se trata de un hijo legítimo al que la muerte ha privado de uno de sus padres, el consentimiento para la adopción debe ser

Artículo: La familia adoptiva en los derechos chileno y francés
Revista: Nº145, año XXXVI (Jul-Sep, 1968)
Autor: Juan Arellano Alarcón

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

dado por el padre sobreviviente. Le basta manifestar su voluntad. Sobre este punto, el Derecho Chileno —artículo 6º inciso 1º de la ley ya citada— y el Derecho Francés —artículo 348 del Código Civil— concuerdan.

Si se trata de un hijo legítimo cuyo padre y madre han muerto, o están en la imposibilidad de manifestar su voluntad, o han perdido su derecho de autoridad paterna, el Derecho Francés decide que el consentimiento sea dado por el Consejo de Familia después de consultar la persona que de hecho cuida del niño (artículo 348 - 2 del Código Civil). El Derecho Chileno dispone, de una manera más general, que si el adoptado no tiene representante legal, el consentimiento será dado por un "curador especial".

En todas las otras hipótesis que puedan presentarse, por ejemplo si se trata de un niño cuya filiación no ha sido establecida, o si se trata de un "pupilo del Estado", en Derecho Francés la petición de adopción debe ser sometida al "Consejo de Familia" constituido especialmente para estos niños. El Consejo de Familia que examina la petición debe al mismo tiempo dar o rehusar la adopción (artículo 348 - 2 del Código Civil). En Derecho Chileno, el curador especial hace el mismo papel que el Consejo de Familia, en la medida en que él es requerido para dar su consentimiento en lugar de los representantes legales del adoptado si éste los hubiera tenido (artículo 2º inciso 5º de la Ley Nº 7.613).

Pero es evidente que si el hijo natural ha sido reconocido por sus dos padres o por uno de ellos, el consentimiento debe darse por los dos padres o únicamente por aquel que lo ha reconocido.

19.— En fin, puede presentarse la hipótesis siguiente: los padres de un hijo legítimo o natural lo descuidan notoriamente, a riesgo de comprometer su educación moral o su salud. En presencia del peligro que corre el menor, una persona pide a los padres que consientan en que ella lo adopte. Estos rehusan dar su consentimiento.

El conflicto estalla entre el derecho de los padres y el interés del niño. Para resolverlo se aplica entonces la teoría del abuso del derecho. Si el rechazo de los padres en consentir la adopción parece abusivo, la persona que desea adoptar al niño puede recurrir al tribunal de derecho común para obtener la autorización que hará las veces de consentimiento. Sucede lo mismo en caso de rechazo abusivo de consentimiento por parte del Consejo de Familia. Esta solución aparece constantemente en la jurisprudencia francesa, del mismo modo que la jurisprudencia chilena la admite por aplicación de la teoría del abuso de los derechos.

El mismo resultado puede alcanzarse solicitando la suspensión de los derechos de autoridad paterna de uno u otro padre que rehuse consentir en la adopción del niño del que ostensiblemente no se interesa, a riesgo de comprometer su educación moral o su salud. En este caso, al menos en Derecho Francés, el consentimiento lo otorga el Consejo de Familia después de consultar a la

Artículo: La familia adoptiva en los derechos chileno y francés
Revista: Nº145, año XXXVI (Jul-Sep, 1968)
Autor: Juan Arellano Alarcón

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

persona que de hecho cuida del niño. Esta persona puede, por lo demás, ser o no ser el futuro adoptante.

El interés del adoptado.

20.— La segunda condición de fondo relativa al adoptado no parece exigirse sino por la ley francesa, que la enfoca especialmente. Sin embargo, la ley chilena no la ignora. La confrontación de los textos de ambas legislaciones realiza esta segunda condición.

Por una parte, se precisa en el artículo 5º de la ley ya citada del 21 de Octubre de 1943: "La adopción será siempre autorizada por la justicia ordinaria *con conocimiento de causa,* y previa audiencia de los parientes...". Por otra parte, se exige en el artículo 353 del Código Civil francés, modificado por la ley del 11 de Julio de 1966, que "la adopción se otorgue a petición del adoptante por los tribunales de instancia, que deben verificar si se han cumplido las condiciones de la ley y si la adopción está de acuerdo al interés del niño".

Por eso, en el texto francés se obliga al juez, no sólo a verificar si se han dado en forma satisfactoria los consentimientos exigidos, sino también a asegurarse que la adopción presenta una ventaja para el adoptado, es decir, si en realidad corresponde a su interés. El juez está, pues, obligado por el texto del artículo 353 ya citado. No puede conceder la adopción sino cuando en conciencia ha adquirido la convicción que el adoptado tiene interés en cambiar de situación familiar al entrar en la familia que el adoptante va a formar. En la ley chilena, la expresión tradicional —que se encuentra en otros textos, especialmente en el artículo 88, inciso 2º del Código Civil— "con conocimiento de causa", se refiere de hecho a la expresión francesa: "de acuerdo al interés del niño". En efecto, no se puede suponer que un juez otorgue la adopción "con conocimiento de causa", si la adopción no le parece "de acuerdo al interés del niño".

La diferencia de terminología viene simplemente de la forma del lenguaje en cada uno de los dos países. Más allá de los términos, la preocupación del legislador es idéntica. La adopción debe presentar una ventaja para el adoptado. El juez chileno podrá asegurarse de ello, tanto más cuanto que previamente oirá a "los parientes". En la audiencia a la que los hubiere convocado habrá podido formarse su juicio. El juez francés se formará igualmente el suyo, ordenando averiguaciones que le parezcan necesarias, principalmente para escuchar a los parientes del adoptado, si los tiene. Así, en una y otra legislación, en el fondo, el escollo, el criterio determinante para la decisión del juez, es satisfacer "el interés del niño", expresión que ha llegado a ser tradicional en el Derecho Francés.

Este interés puede ser, evidentemente, material. Será así a menudo. Pero esto no bastaría. Debe ser también moral y psicológico, en el orden de los problemas que interesan a las personas. En

Artículo: La familia adoptiva en los derechos chileno y francés
Revista: Nº145, año XXXVI (Jul-Sep, 1968)
Autor: Juan Arellano Alarcón

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

nuestra contextura social actual, la búsqueda del equilibrio moral e intelectual del niño podría aún sobreponerse al aspecto estrictamente material y pecuniario de la adopción.

21.— Las exigencias que abarca esta segunda condición de fondo relativa al adoptado, concuerdan, por lo demás, con la evolución de la institución.

Antiguamente, el adoptado debía ser mayor de edad. Hoy en día la adopción atañe muy a menudo a menores de edad. Cuando ella concernía solamente a mayores de edad, se enfocaba casi exclusivamente teniendo más en cuenta el interés del adoptante que el del adoptado.

Se sabe que, a imitación de los romanos, Bonaparte había querido hacer de la adopción una institución sobre todo política, para permitir a ciertas personas sin hijos —algunos grandes del nuevo régimen o los privilegiados de la fortuna y del talento—, asegurar la continuidad de su nombre, del lustre y de las tradiciones de su familia. Ello les permitiría también instituir un heredero, que debía ser generalmente un pariente consanguíneo lejano o afin.

Pero hoy en día, bajo el efecto de los cambios sociales, después de numerosas reformas sucesivas de la legislación, la adopción se ha convertido principalmente en una institución de beneficencia, protectora de los menores sin hogar y consoladora de los matrimonios sin hijos legítimos.

Si los intereses de las partes pueden concordar, se comprende que la ley haya puesto el acento en el interés del menor, pues hacia él se dirige la atención del legislador. Es también en el niño y en su interés que los futuros adoptantes deben pensar al recurrir a una institución que conformará el marco de familia que ellos pretenden crear.

B.— *Condiciones de forma.*

22.— Las condiciones denominadas tradicionalmente "de forma", son en realidad condiciones de procedimiento a que deben someterse los interesados para que la adopción pueda pronunciarse por el tribunal requerido con este objeto, que va a ordenar la modificación del acta de estado civil del adoptado.

El aspecto contractual de la adopción desaparece ante el aspecto procesal. Es que la adopción, como ya se ha precisado anteriormente, supone la intervención activa de la autoridad judicial, que verificará si se cumplen las condiciones de fondo; y si están cumplidas decretará la adopción.

En esta etapa del presente estudio, no podremos sino precisar los aspectos sobresalientes de procedimiento judicial en el Derecho Chileno y en el Derecho Francés, pues cada uno de ellos ha organizado esta gestión según su propio genio y sus propias tradiciones. Pero la instrucción judicial está organizada con el mismo fin, de modo que, sintetizando, se pueden distinguir dos fases principales: por una parte la solicitud presentada al tribunal para los

Artículo: La familia adoptiva en los derechos chileno y francés
Revista: Nº145, año XXXVI (Jul-Sep, 1968)
Autor: Juan Arellano Alarcón

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

fines de la adopción (a), y por otra parte la instrucción judicial y el juicio de adopción (b).

a) *La petición presentada del tribunal para los fines de la adopción.*

23.— En Derecho Chileno, en los términos del artículo 5º de la Ley Nº 7.613 de 1943, la adopción deberá ser otorgada por escritura pública en la cual conste el consentimiento del adoptante y la aceptación del adoptado. Pero esta formalidad no es suficiente. El tribunal competente debe autorizar la adopción. En otros términos, el artículo 5º ya citado dispone que "la adopción será siempre autorizada por la justicia ordinaria con conocimiento de causa, y previa audiencia de los parientes".

El Derecho Francés tiene un procedimiento bastante similar al Derecho Chileno. En efecto, antes de que el tribunal requerido para autorizar la adopción tome conocimiento del asunto, el consentimiento para la adopción debe expresarse por escritura pública ante el juez del tribunal de instancia que corresponda al domicilio o residencia de la persona que consiente, ante un notario francés o extranjero o ante los agentes diplomáticos o consulares franceses (artículo 348 - 3 del Código Civil).

Sin embargo, para atenuar este formalismo el artículo 348 - 3 señala que el consentimiento puede igualmente ser recibido por el Servicio de Ayuda Social a la Infancia, cuando el niño le ha sido entregado En este caso el consentimiento ya no se da por escritura pública. Pero el acta levantada por el Servicio de Ayuda Social, y que contiene el consentimiento, equivale por ley a una escritura pública.

El legislador estima que los padres que entregan su hijo a este Servicio para que sea adoptado, rehusarían sin duda recurrir a un tribunal o dirigirse donde un notario para hacerle constar su consentimiento. Así se logra evitar el simple abandono de niños, aumentando al máximo las formalidades impuestas a los padres que, al mismo tiempo que entregan sus hijos al Servicio de Ayuda Social, consienten en su adopción. Por ello es que el legislador les reserva igualmente la posibilidad de retirar su consentimiento durante 3 meses, cuando en efecto no podrían ya materialmente hacerlo si hubiera simple abandono.

24.— Pero ni en el Derecho Francés ni en el Derecho Chileno la escritura pública es suficiente. En el Derecho Francés tiene menos efecto que en la legislación chilena, pues la escritura no contiene sino el consentimiento para la adopción, mientras que en el Derecho Chileno contiene además la aceptación de la adopción. En Derecho Francés es necesario, entonces, que la persona que se propone adoptar un niño cualquiera, respecto de quien se ha dado el consentimiento para la adopción, recurra al tribunal por vía de demanda.

Artículo: La familia adoptiva en los derechos chileno y francés
Revista: Nº145, año XXXVI (Jul-Sep, 1968)
Autor: Juan Arellano Alarcón

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

En Derecho Francés no hay, pues, verdaderamente un contrato de adopción, que conste por escritura pública. Por un lado existe el consentimiento para la adopción, dado por las personas habilitadas, y por el otro existe requerimiento del tribunal por parte de la persona que pide se dictamine la adopción en provecho suyo. Esta se concede no por un acto de la voluntad, sino por la decisión del tribunal que la autorizará al finalizar el procedimiento de la petición de adopción.

b) *El procedimiento y el juicio de adopción.*

25.— En el Derecho Chileno, la instrucción del proceso que debe preceder a la decisión del tribunal está implícitamente enfocada por el artículo 5º de la ya citada Ley Nº 7.613, del 21 de Octubre de 1943. Este texto dispone, en efecto, que "la adopción será siempre autorizada por la justicia ordinaria con conocimiento de causa, y previa audiencia de los parientes a que se refiere el inciso primero, si los hay".

Estos términos hacen suponer que el tribunal investigará si se han cumplido las condiciones de fondo, y, después de oir a los parientes, cuáles son las ventajas que obtienen las partes y principalmente el adoptado.

Pero a diferencia del Derecho Francés, el Derecho Chileno permanece fiel a la concepción contractual de la adopción, puesto que el juez no la dictamina. Este no hace sino autorizarla, es decir, dar fuerza de ejecución al intercambio del consentimiento de ambas partes consignado por escritura pública.

Por este procedimiento, el Derecho Chileno se acerca más que el Derecho Francés al Derecho Romano, que contemplaba ante todo la adopción entre mayores de edad. En efecto, en Roma, la adopción al menos estaba precedida por una investigación hecha por los pontífices, y si la investigación resultaba favorable, los comicios se reunían. Los comicios constataban entonces que las partes consentían en ella y por un voto la autorizaban a la manera de un juez ordinario.

26.— La ruptura con los principios contractuales del Derecho Romano trae como consecuencias más importantes que el adoptado no aparece a priori durante el desarrollo de la instrucción y del juicio. La intervención de la potestad judicial se manifiesta en forma tan autoritaria, que el juez francés puede oponerse al rechazo del consentimiento para una adopción, como se lo permite el artículo 348 - 6 del Código Civil.

Después de las investigaciones —que el tribunal puede confiar a cualquiera persona calificada para ello—, si en el curso de la instrucción le parece al juez que la negativa para consentir en la adopción es abusiva, está facultado para decretarla si la considera de acuerdo al interés del menor que está material o moralmente abandonado por sus padres legítimos o naturales, o por uno de ellos. Así,

Artículo: La familia adoptiva en los derechos chileno y francés
Revista: Nº145, año XXXVI (Jul-Sep, 1968)
Autor: Juan Arellano Alarcón

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

el tribunal no sólo decide la adopción, sino que se encuentra también en situación de crear las condiciones de fondo requeridas por la ley, para que la adopción sea posible a la persona que pide adoptar a un menor en el interés de éste.

En cambio, en Derecho Francés, por una especie de anomalía, la adopción produce efectos desde el momento de la presentación de la petición de adopción, y no desde aquel en que la sentencia la autoriza. Dicho de otro modo, los efectos de la adopción acordada por sentencia se retrotraen al día en que se presentó la petición.

El Derecho Chileno, más lógico, hace producir efectos a la adopción autorizada por el juez, sólo desde la fecha del cambio de estado civil realizado en el Registro Civil.

Son estos efectos de la adopción los que conviene ahora examinar.

§2.— *Efectos de la simple adopción.*

27.— Tanto en el Derecho Chileno como en el Francés, la simple adopción presenta la particularidad de estar dispuesta de tal modo que coexiste, sin unificarse verdaderamente, con el modelo tomado de la tradición romana de la institución de heredero y con las innovaciones contemporáneas que tienden a hacer de ella el marco creador de una verdadera familia.

Por consiguiente, tanto en la ley chilena como en la francesa la simple adopción es una especie de Jano a doble faz: una dirigida hacia el pasado; otra enfocando el presente sin poderse mantener totalmente en él.

Este carácter bivalente de los efectos de la simple adopción es, a la vez, causa de su debilidad y de su amplia aplicación, en la medida en que puede responder a una doble necesidad práctica.

Sin embargo, no hay que engañarse; hoy en día, la simple adopción no cesa de perder terreno por la competencia que le hacen la legitimación adoptiva del Derecho Chileno y su homólogo francés, la adopción total, ambas organizadas de una manera racional, con un fin único que es la constitución de un verdadero marco familiar a manera de substituto.

Por esta razón, conviene estudiar los efectos de la simple adopción, en la medida en que son útiles de conocer para lograr un perfecto conocimiento comparado de la legitimación adoptiva y de la adopción total. Y por eso limitaremos nuestras observaciones sólo a los aspectos sobresalientes de los Derechos Chileno y Francés; pues de la confrontación de sus leyes es que nace la idea fructuosa, propicia para el progreso de las legislaciones.

Hecha esta advertencia, recordemos que la adopción tiene efectos que son primeramente los de una institución de heredero. Para alcanzar este resultado no es necesario que haya ruptura completa con la familia de origen del adoptado, lo que los Derechos

Artículo: La familia adoptiva en los derechos chileno y francés
Revista: Nº145, año XXXVI (Jul-Sep, 1968)
Autor: Juan Arellano Alarcón

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Chileno y Francés ratifican. Pero como la simple adopción puede ser también el marco de una familia, es necesario que el adoptado entre en ella a su mismo nivel, siendo asimilado a un hijo legítimo con respecto a sus adoptantes.

Por consiguiente, el adoptado se encuentra con que tiene en cierto modo dos familias.

Examinaremos, pues, los efectos de la adopción en lo concerniente a la situación del adoptado, por una parte respecto a la familia de origen (A), y por otra con relación a la familia adoptiva (B).

A.— *La situación del adoptado con relación a su familia de origen.*

29.— Como no hay ruptura de ningún lazo con la familia sanguínea, el adoptado conserva derechos (a), de la misma manera que ésta los tiene con respecto a él (b).

a) *Derechos del adoptado en su familia de origen.*

30.— Tanto el Derecho Chileno como el Derecho Francés afirman sin ambigüedad el mantenimiento de los lazos de filiación y de parentesco entre el adoptado y su familia de origen, no de una manera formal, sino de una manera efectiva.

Con notable fuerza se afirma este principio en el Derecho Chileno. En efecto, el artículo 15 de la Ley de 1943 dispone: "El adoptado continuará *formando parte* de su familia y conservará en ella todos sus derechos y obligaciones". Con la misma fuerza, el artículo 364 del Código Civil francés preceptúa: "El adoptado *permanece* en su familia de origen y conserva en ella todos sus derechos, principalmente sus derechos hereditarios".

Según esto, ¿cómo justificar que la persona que entra por adopción en una nueva familia pueda, al mismo tiempo, pertenecer a otra familia, por lazos tan fuertes como los de la filiación legítima? ¿No hay una contradicción entre el objetivo buscado por la adopción y los efectos tan restringidos que lleva consigo respecto a la familia de origen del adoptado?

En realidad, la contradicción no es sino aparente. Por una parte, en la medida en que la simple adopción se remonta a la institución romana del heredero, no hay que olvidar que su utilidad práctica era sobre todo el permitir a un hombre que no tenía posteridad legítima procurarse una ficticia. Este resultado se alcanza por la adopción, aunque el adoptado conserve sus derechos en su familia de origen. Por otra parte, especialmente en Derecho Francés, está explícitamente previsto por la ley que la adopción deba representar una ventaja para el adoptado. Ahora bien, la ventaja será importante si conserva en particular sus derechos a la sucesión en su familia de origen, junto con adquirir nuevos derechos en su familia adoptiva.

Artículo: La familia adoptiva en los derechos chileno y francés
Revista: Nº145, año XXXVI (Jul-Sep, 1968)
Autor: Juan Arellano Alarcón

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

El aspecto bivalente de la adopción clásica nos deja otra vez insatisfechos. Esta especie de ventaja, deseada o no, que procura la adopción clásica, no pertenece ya a la naturaleza de la institución cuando el adoptado es un menor de edad, pues los interesados pretenden ante todo crear entre ellos un ambiente familiar verdadero. La ventaja otorgada al adoptado debe tener un carácter distinto; debe resultar de la vida familiar que le va a proporcionar la adopción para su establecimiento y educación. Este resultado puede alcanzarse por la adopción clásica, sin mayores aditamentos, en el sentido que se añaden objetivos debidos al origen romano de la institución, como vamos a constatarlo por las consecuencias del principio sentado por el Derecho Chileno y el Derecho Francés con la misma fuerza.

31.— Sin duda, tanto en el Derecho Chileno como en el Francés, la simple adopción confiere el nombre del adoptante al adoptado. Pero el artículo 363 del Código Civil francés precisa que debe ser agregado al nombre de este último, a menos que el tribunal decida que el adoptado no lleve sino el nombre del adoptante.

En este caso, es evidente, como lo prevé el artículo 14 inciso 3º de la ley chilena, que los descendientes legítimos del adoptado llevarán también el nombre que su padre ha recibido en el momento de su adopción, de acuerdo a la inscripción hecha en el Registro Civil.

Es también evidente, como consecuencia del mismo principio —aunque el artículo 364 del Código Civil francés lo recuerda—, que las prohibiciones legales para el matrimonio se aplican entre el adoptado y su familia de origen.

El adoptado conserva, ante todo, en su familia consanguínea, los derechos a la sucesión que le confieren los lazos de filiación. El artículo 364 del Código Civil francés, exactamente como el artículo 15 de la ley chilena ya citada de 1943, le atribuyen una extrema importancia, sea precisando que el adoptado conserva en ella todos sus derechos, especialmente sus derechos hereditarios (artículo 364 antes mencionado), sea utilizando la fórmula muy amplia de que "el adoptado continuará formando parte de su familia y conservará en ella todos sus derechos", lo que incluye necesariamente los derechos hereditarios (artículo 15 ya citado).

La reciprocidad existe, igualmente, de tal modo que la familia de origen conserva derechos respecto al adoptado.

b) *Derechos de la familia de origen con respecto al adoptado.*

32.— En primer lugar, la más tangible manifestación del mantenimiento del adoptado en su familia de origen se traduce en el plano de las obligaciones alimenticias.

Artículo: La familia adoptiva en los derechos chileno y francés
Revista: Nº145, año XXXVI (Jul-Sep, 1968)
Autor: Juan Arellano Alarcón

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

En particular, el artículo 367 del Código Civil francés dispone que "la obligación de suministrar alimentos continúa existiendo entre el adoptado y su padre y madre".

Por consiguiente, si los padres consanguíneos del adoptado caen en la indigencia, tienen derecho a reclamar alimentos a este último. Sin embargo, si es el adoptado quien cae en la indigencia, él no puede reclamar alimentos a su padre y madre consanguíneos sino en el caso en que no pueda obtenerlos del adoptante (artículo 367, ya citado).

33.— En segundo lugar, y de una manera todavía más tangible, la familia de origen tiene derechos a la sucesión con respecto al adoptado que muere sin posteridad.

Tanto el Derecho Chileno, como el Francés, sientan el principio de los derechos a la sucesión de los padres legítimos con respecto al adoptado. Pero ambas legislaciones presentan estos derechos de una manera algo diferente. Apoyándose en el artículo 15 de la ley chilena de 1943, en cuya virtud "el adoptado continuará formando parte de su familia", ésta heredará de aquél, como si no la hubiera abandonado. En este caso, podría suceder que la familia consanguínea se enriquezca a expensas de la familia adoptiva, en la medida en que el adoptado hubiere recibido bienes de esta última.

Es precisamente para evitar este resultado que el Derecho Francés prevé las modalidades siguientes en el artículo 368 - 1 del Código Civil, cuando el adoptado muere sin descendientes: Por una parte, los bienes donados por el adoptante o adquiridos por el adoptado en la herencia de aquél vuelven al adoptante o a sus descendientes. Por otra parte, los bienes que el adoptado ha recibido a título gratuito de su padre y madre vuelven igualmente a estos últimos o a sus descendientes. En fin, lo sobrante de los bienes del adoptado se divide por mitades entre la familia de origen y la familia del adoptante, bajo reserva de los derechos del cónyuge en el total de la sucesión.

Así, como lo constatamos, no se desatan los lazos con la familia de origen. Muy al contrario, se superponen como los que se forman entre el adoptado y su familia adoptiva.

La situación del adoptado en su familia adoptiva debe ser ahora examinada, al finalizar el estudio de la adopción clásica, llamada también simple adopción.

B.— *La situación del adoptado en la familia adoptiva.*

34.— La familia adoptiva desempeña el papel de segunda familia del adoptado. Al entrar en ella, su situación jurídica admite dos clases de elementos: unos que producen efectos en el plano personal; otros en el plano patrimonial.

Por consiguiente, examinaremos sucesivamente, por un lado la situación *extrapatrimonial* del adoptado (a), y, por el otro, su situación patrimonial en la familia adoptiva (b).

Artículo: La familia adoptiva en los derechos chileno y francés
Revista: Nº145, año XXXVI (Jul-Sep, 1968)
Autor: Juan Arellano Alarcón

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

a) *La situación extrapatrimonial del adoptado en la familia adoptiva.*

35.— En primer lugar, sólo el adoptante está investido, respecto del adoptado, de todos los derechos de autoridad paterna, incluido el de consentir en el matrimonio del adoptado.

Esta solución es común al Derecho Chileno y al Francés. Evidentemente, ello no se aplica sino en el caso del adoptado menor de edad no emancipado. En este caso, el adoptante ejerce los derechos de autoridad paterna, con relación al adoptado, como si fuera un hijo legítimo.

36.— En segundo lugar, la adopción crea lazos de parentesco entre el adoptante y el adoptado.

Aunque estos lazos no tengan una base biológica, resultan de ellos prohibiciones para el matrimonio. Estas son dictadas por razones de conveniencia, con las mismas modalidades en el Derecho Chileno y en el Francés. Así, se prohibe el matrimonio entre el adoptante y el adoptado o sus descendientes. Se prohibe, igualmente, entre el adoptado y el cónyuge del adoptante, lo mismo que entre el adoptante y el cónyuge del adoptado.

Pero el Derecho Francés agrega que el adoptado puede casarse con los hijos del adoptante, y nada más; los hijos adoptivos de una misma persona no pueden casarse entre sí. Sin embargo, se prevé, en este último caso, que la prohibición pueda levantarse por dispensa del Presidente de la República, si hay una causa grave, especialmente en estado declarado de embarazo (artículo 366 del Código Civil).

Pero el parentesco creado por la adopción tiene un círculo restringido sólo a los padres adoptivos y al adoptado o a sus descendientes. No se extiende más allá, como lo precisa especialmente el artículo 14 de la ley chilena del 21 de Octubre de 1943, al disponer: "La adopción sólo establece relaciones jurídicas entre el adoptante y el adoptado; pero no entre uno de éstos y la familia del otro". La adopción no es una institución que se parezca al matrimonio, creando vínculos de alianza entre dos familias.

Sin embargo, vamos a constatar que, en el plano patrimonial, el círculo de familia se extenderá a los padres del adoptante, particularmente en el orden de la sucesión.

b) *La situación patrimonial del adoptado en la familia adoptiva.*

37.— En primer lugar, especialmente en el orden de la sucesión, el adoptado adquiere derechos importantes con respecto a sus padres adoptivos.

No obstante, si bien es cierto que los derechos a la sucesión se le reconocen igualmente al adoptado, por los Derechos Chileno y Francés, ambos los reglamentan de una manera muy diferente.

Artículo: La familia adoptiva en los derechos chileno y francés
Revista: Nº145, año XXXVI (Jul-Sep, 1968)
Autor: Juan Arellano Alarcón

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Indiquemos primero las reglas más simples en esta materia. Son ellas las del Derecho Francés, que colocan al adoptado en la situación de un hijo legítimo con respecto a sus padres adoptivos.

Así lo dispone el artículo 368 del Código Civil francés, que lo hace en los siguientes términos: "El adoptado y sus descendientes legítimos tienen en la familia del adoptante los mismos derechos a la sucesión que un hijo legítimo, sin adquirir sin embargo la calidad de heredero con derechos a una parte de la herencia con respecto a los ascendientes del adoptante".

Dicho de otro modo, en las relaciones entre adoptante y adoptado, este último tiene los mismos derechos como si fuera un hijo legítimo. Si es hijo único, recibirá toda la herencia del adoptante. Si concurre con otro hijo adoptivo del adoptante, o con un hijo legítimo que aquél hubiera tenido con posterioridad a la adopción, la herencia será repartida por mitad entre ellos. Pero, con respecto a los padres del adoptante, el adoptado no es un heredero con derechos a parte de la herencia, como lo habría sido un hijo legítimo. En efecto, los padres del adoptante pueden, por testamento, instituir un legado a terceros, sin que el hijo adoptivo pueda oponerse a ello. Esta solución es lógica. La adopción no crea ningún vínculo de parentesco entre los padres del adoptante y el adoptado aunque se creen entre ellos lazos de afecto. Nada impide, por lo demás, a los padres del adoptante dejar su herencia a aquel que ellos consideran como su nieto.

Como en el Derecho Francés, en el Derecho Chileno el adoptado no es tampoco un heredero con derecho a una parte de la herencia de los padres del adoptante. Así lo dispone el artículo 24, inciso 4º de la ley ya citada de 1943.

Por el contrario, en el Derecho Chileno el adoptado no es considerado como un hijo legítimo en el plano de la sucesión. El adoptado recibirá la herencia del adoptante considerado como hijo natural. Si concurre con los ascendientes legítimos y con el cónyuge del adoptante, "la herencia se dividirá en seis partes, tres para los ascendientes legítimos, dos para el cónyuge y una para el adoptado". En caso de concurrencia con los padres naturales del adoptante, la herencia se distribuye por partes iguales: una mitad va al adoptado y la otra mitad a los padres naturales (artículo 24, inciso 3º de la Ley Nº 7.613).

En este plano, la diferencia es notoria entre el Derecho Francés y el Chileno, diferencia que está atenuada por el hecho de que el artículo 19 de la ley chilena de 1943 dispone: "Para los efectos de los artículos 228, 1740 Nº 5º y 1744 del Código Civil, el adoptado será considerado como descendiente común".

38.— Si, en el Derecho Chileno, el adoptado parece no ser tratado tan bien como en el Derecho Francés en el plano de la sucesión, en cambio la legislación chilena crea una institución protectora de los derechos del adoptado que el Derecho Francés no ha considerado especialmente.

Artículo: La familia adoptiva en los derechos chileno y francés
Revista: Nº145, año XXXVI (Jul-Sep, 1968)
Autor: Juan Arellano Alarcón

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

En efecto, el artículo 28 de la ley de 1943, en relación con el artículo 17 de la misma, prevé que "el adoptante que, teniendo la patria potestad o la guarda de su adoptado, quiera contraer matrimonio, deberá sujetarse a lo prescrito por los artículos 124 y 126 del Código Civil, y si los infringe deberá indemnizar al adoptado por los perjuicios que la omisión del inventario le irrogue, presumiéndose culpa en el adoptante por el solo hecho de la omisión".

Sin embargo, en su aplicación práctica, la diferencia con el Derecho Francés es más insignificante de lo que parece, pues la obligación del inventario se impone igualmente al adoptado, ya que el artículo 365 del Código Civil francés dispone que "la reglamentación de la administración legal y de la tutela del hijo legítimo se aplica al adoptado".

Ahora bien, la reglamentación de la administración legal y de la tutela prevé, precisamente, la obligación del inventario de igualmente establece sanciones en caso de su omisión.

39.— Al finalizar la primera parte de este trabajo, conviene solamente recordar que la adopción puede terminar por las causas que enumera el artículo 32 de la ley chilena del 21 de Octubre de 1943, y por aquella a que se alude en el artículo 370 del Código Civil francés, que dispone en forma más abstracta que "si motivos graves se justifican, la adopción puede revocarse a petición del adoptante o del adoptado". Pero si la petición de revocación la formula el adoptante, aquélla no es revocable sino en el caso de que el adoptado tenga más de quince años. Cuando el adoptado es menor de edad, el padre o la madre consanguíneos, o a falta de ellos un miembro de la familia de origen, pueden pedir la revocación. En todos los casos, ésta no tendrá efectos sino para el porvenir.

Sin embargo, a diferencia del Derecho Chileno, fiel a la concepción contractual de la adopción, el consentimiento mutuo no puede considerarse en Derecho Francés como una justificación de motivos graves susceptibles de provocar la revocación de la adopción. En efecto, si fue el juez quien autorizó la adopción, sólo él puede, por consiguiente, deshacer los vínculos creados por el fallo de adopción.

Lo mismo sucederá en el caso en que los interesados pidieren beneficiarse del régimen de la adopción total después de haber obtenido un fallo de simple adopción.

Naturalmente, es necesario que los interesados cumplan con las condiciones legales para que el juez francés pueda operar esta transferencia de régimen. Esta posibilidad ofrecida a las partes solamente en el Derecho Francés, por el artículo 345 del Código Civil, constituye una especie de puente levantado entre la simple adopción y la adopción total.

Conviene únicamente señalar su existencia, antes de emprender el estudio de una forma más acabada y más moderna de adopción, conocida en Derecho Chileno con el nombre de "legitimación adoptiva" y en Derecho Francés con el de "adopción total".

Artículo: La familia adoptiva en los derechos chileno y francés
Revista: Nº145, año XXXVI (Jul-Sep, 1968)
Autor: Juan Arellano Alarcón

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Segunda Parte
LA LEGITIMACION ADOPTIVA Y LA ADOPCION TOTAL

40.— A pesar de la diferencia de terminología en los Derechos Chileno y Francés, la legitimación adoptiva y la adopción total están muy cerca una de otra. En todo caso, ambas permiten alcanzar el mismo objetivo, que es la constitución de una verdadera familia, al crear lazos completos de filiación entre los adoptantes y el adoptado, lo que implica una ruptura total y definitiva de los lazos existentes entre este último y su familia de origen. El adoptado abandona su familia consanguínea —suponiendo, por lo demás, que la haya conocido— y entra de lleno en una familia nueva "que lo acoge" y que constituirá su única y verdadera familia.

Las preocupaciones que tenían los interesados en la adopción clásica, ya no pueden tener eco en esta nueva forma de adopción total y completa. Ninguna huella del deseo instintivo o calculado del hombre, en el ocaso de su vida, que quiere asegurar la perpetuación de su nombre, creando una descendencia ficticia, como si quisiera hacer sobrevivir sus tradiciones y su patrimonio en el heredero que se constituye, adoptándolo. Ninguna huella tampoco, en el adoptado, de la búsqueda de satisfacciones más bien materiales que espirituales o familiares que le procuren tal derecho.

Por fin, ninguna influencia del Derecho Romano se manifiesta en la finalidad y la reglamentación de una institución que es moderna por el espíritu y práctica por el resultado. A lo más, somos deudores al Derecho Romano de la terminología en la expresión "legitimación adoptiva". La "legitimación" designaba en Roma, en los primeros siglos de la cristiandad, el procedimiento por el cual, para favorecer la unión legal, la ley permitía a un pater familias hacer ingresar a su familia civil hijos provenientes de un concubinato, es decir, nacidos antes o fuera del matrimonio.

Sin duda, aun hoy día, la institución moderna permite adoptar a un hijo natural no reconocido, nacido de las relaciones con otra persona que no sea el cónguye, relaciones anteriores a un matrimonio que ha resultado estéril. Pero no se trata en este caso sino de la deformación de una institución que tiene otro fin y un alcance humano mucho más considerable.

41.— Por los objetivos y los móviles, todo cambia en adelante con respecto a la adopción clásica. El sentimiento ocupa un lugar esencial en las preocupaciones que llevan a un matrimonio sin hijos a hacer entrar en su hogar, que pareciera quedar irremediablemente vacío, a un menor en la indigencia, abandonado generalmente por padres legítimos o naturales, que han renunciado a criarlo por falta de recursos materiales o morales. Una especie de conjunción —que el Derecho va a coordinar— se establece entre la necesidad que experimenta un matrimonio por recibir un menor y hacerlo suyo, y la necesidad

Artículo: La familia adoptiva en los derechos chileno y francés
Revista: Nº145, año XXXVI (Jul-Sep, 1968)
Autor: Juan Arellano Alarcón

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

del abandonado de tener un ambiente familiar que de otro modo no habría tenido.

Esa doble finalidad ha sido más o menos satisfecha por todas las legislaciones. Pero el Derecho Chileno y el Francés han procurado llevar la institución al más alto grado de perfección. Han tratado de hacerlo a través de varias leyes sucesivas. Imperfectas en su primer estado, dichas leyes han sido constantemente corregidas para mejorar la institución, a fin de asegurar la completa estabilidad de la familia adoptiva, que ha de ser la única familia imposible de abandonar por el hijo legítimamente adoptado. Este debe, por lo tanto, poder aparecer en el círculo familiar y ante el escenario jurídico, como si fuera verdadero hijo de los adoptantes; como si hubiera nacido de las relaciones de ambos. Esto equivale a decir que la ruptura con la familia consanguínea debe ser completa y sin retorno a ella. Equivale a decir, también, que la constitución de la familia adoptiva, formada a imagen y según el modelo de la familia legítima, supone condiciones particulares para alcanzar este resultado, sin producir un traumatismo moral en el menor y en los padres verdaderos.

Una vez más, no nos ocuparemos del estudio comparado de las legislaciones sino de su aspecto final.

En su último estado, la legislación adoptiva está reglamentada en el Derecho Chileno por la Ley Nº 16.346. publicada en el "Diario Oficial" del 20 de Octubre de 1965. En el Derecho Francés, la adopción total ha sido enfocada por la Ley Nº 66.500 del 11 de Julio de 1966, ley que ha derogado y reemplazado una disposición del 23 de Diciembre de 1958, relativa a la legitimación adoptiva.

El legislador francés ha preferido sustituir, en la nueva ley, los términos "legitimación adoptiva" por la expresión "adopción total", para acentuar el hecho de que la adopción va a producir efectos más completos, más totales, más absolutos.

El cambio de terminología parecía también una necesidad para tranquilizar a la opinión pública, después del oleaje suscitado por el asunto "Novack" (**) que había revelado fallas en la legitima-

(**) A causa de la resonancia que tuvo "el asunto Novack", debemos recordar el hecho en algunas palabras.
Carlos G. y Josette S. que vivían en concubinato, se separaron cuando Josette estaba encinta. Amargada por la ruptura, ella desapareció sin dejar dirección. Carlos G., no sabiendo dónde se encontraba ella, hizo, valiese lo que valiese, el 21 de Octubre de 1954 ante el Oficial Civil de Toulouse, el reconocimiento del niño del cual Josette estaba encinta y que suponía ya nacido. El parto tuvo lugar el 16 de Octubre y el niño a quien pusieron Didier fue declarado "nacido de padre y madre desconocidos" e inmediatamente entregado a la Ayuda Social a la Infancia. Veinte días después de su nacimiento fue confiado a los esposos Novack, y el 4 de Octubre de 1965 fue objeto de un fallo de legitimación adoptiva a favor de ellos.
Mientras tanto, Carlos G. y Josette S. se habían encontrado y reconciliado y el 5 de Mayo de 1956 se casaron. Decidieron entonces recuperar el niño, que la petición de búsqueda presentada al tribunal había permitido encontrar en casa de los esposos Novack. Pero era necesario revocar la legiti-

Artículo: La familia adoptiva en los derechos chileno y francés
Revista: Nº145, año XXXVI (Jul-Sep, 1968)
Autor: Juan Arellano Alarcón

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

ción adoptiva, fallas que el legislador se esforzó en corregir, refundiendo esta legislación por medio de la ley del 11de Julio de 1966, relativa a la adopción total.

42.— En el estudio comparado de la legitimación adoptiva del Derecho Chileno, y de la adopción total del Derecho Francés, seguiremos el mismo método empleado anteriormente. Examinaremos, pues, por una parte las condiciones de la legitimación adoptiva y de la adopción total (§1), y por otra, sus efectos (§2).

§1.— *Condiciones de la legitimación adoptiva y de la adopción plena.*

43.— En los Derechos Chileno y Francés pueden distinguirse las condiciones de fondo (A) y de forma (B).

Las examinaremos sucesivamente, tanto en lo que se refiere a los legitimantes adoptivos como al legitimado adoptivamente.

A.— *Condiciones de fondo.*

44.— Estas condiciones dicen relación con los elementos que deben concurrir y son exigidos por la legislación vigente, como requisitos previos para que pueda iniciarse la tramitación correspondiente ante los Tribunales de Justicia, con el objeto de solicitar la legitimación adoptiva o adopción plena, de un menor.

Dichos requisitos deben concurrir en uno u otro sujeto.

a) *Condiciones relativas al legitimante adoptivo o adoptante.*

45.— En la legislación chilena, y considerando la finalidad de la legitimación adoptiva, cual es la incorporación plena y absoluta de un menor a la calidad y estado de hijo legítimo de los legitimantes, se requiere que éstos sean casados y que conjuntamente soliciten la legitimación.

La razón de esta exigencia o requisito, se encuentra en el hecho de que el o los menores legitimados adoptivamente, rompen todo vínculo con su familia originaria y se incorporan plenamente a la familia de los legitimantes; es decir, pasan a integrar esta familia en plenitud y tienen, desde todo punto de vista, la calidad de hijos legítimos de ese matrimonio.

---

mación adoptiva, que los padres consanguíneos atacaron por la vía de oposición a un juicio que entrañaba perjuicio a sus derechos. Después de varios años de tramitaciones y de diversas presentaciones ante los tribunales encargados del asunto, la Corte de Casación puso fin al pleito, declarando que la acción ejercida por los padres consanguíneos no tenía fundamento, considerándola, en cuanto al fondo, como jurídicamente demasiado tardía. En realidad, esta razón disimula el malestar engendrado por todo el asunto, al revelar que era posible revocar una legitimación adoptiva, regulada en la forma bajo el régimen de la ordenanza de 1958.

Artículo: La familia adoptiva en los derechos chileno y francés
Revista: Nº145, año XXXVI (Jul-Sep, 1968)
Autor: Juan Arellano Alarcón

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Sin embargo de lo dicho anteriormente, y que constituye la norma general, se pueden presentar otras situaciones que también han sido reglamentadas por el legislador y a las que pasamos a referirnos a continuación.

1ª— Si se trata de un matrimonio que desea legitimar adoptivamente a uno o más menores, el vínculo matrimonial debe haber durado por lo menos cinco años y haber tenido los cónyuges a su cuidado a dichos menores un período mínimo de dos o cuatro años, según si éstos tengan menos o más de siete años de edad.

La exigencia de este período de vigencia del matrimonio se funda en el hecho de que la unión matrimonial debe tener la estabilidad necesaria para asegurar al menor la permanencia, cariño, cuidado y educación que necesita.

2ª— Si el matrimonio se ha disuelto, es posible que se produzca la legitimación adoptiva, siempre que haya conformidad entre ambos cónyuges separados, y del nuevo cónyuge si alguno de ellos ha vuelto a contraer nupcias; y siempre, además, que el plazo mínimo de tenencia o guarda del menor se hubiere completado durante su vigencia o, en todo caso, antes del segundo matrimonio de alguno de los posibles legitimantes adoptivos. Asimismo, es preciso que el matrimonio haya durado cinco años como mínimo, pues no se encuentra razón alguna para eximir de este requisito a los cónyuges que se encuentran separados.

Se justifica este caso de excepción a la norma general, pues el menor ha estado bajo el cuidado y guarda del matrimonio que posteriormente se disolvió, y se ha estimado, en resguardo del menor, que no hay razón valedera que impida se le otorguen las ventajas de la legitimación adoptiva.

3ª— En el evento de disolución del matrimonio por muerte de alguno de los cónyuges, el viudo o viuda puede legitimar adoptivamente, con tal que se acredite fehacientemente que el cónyuge fallecido tenía la intención de hacerlo, y que la tramitación correspondiente se haya iniciado dentro del año siguiente a su fallecimiento.

En suma, en la legislación chilena la norma o principio general aceptado es que la legitimación adoptiva debe solicitarse por un matrimonio, petición que se formula conjuntamente ante el tribunal que corresponda.

No puede, en consecuencia, legitimar adoptivamente una persona que no se encuentre casada, y, encontrándose casado, no puede hacerlo alguno de los cónyuges independientemente del otro. No obstante ser éste el principio general, la legitimación adoptiva puede también solicitarse —tal como ya se ha expresado— por una sola persona, únicamente en el caso de viudez, pero el legitimado adoptivamente viene a ser considerado como hijo legítimo de ese matrimonio que se disolvió por fallecimiento de alguno de los cónyuges. En tal evento, en realidad, la legitimación adoptiva así considerada produce, respecto del legitimado adoptivamente, el mismo efecto que en la legitimación chilena se opera con respecto al hijo póstumo.

Artículo: La familia adoptiva en los derechos chileno y francés
Revista: Nº145, año XXXVI (Jul-Sep, 1968)
Autor: Juan Arellano Alarcón

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

46.— En la legislación francesa, la adopción plena que, en realidad, tiene las mismas finalidades, los mismos objetivos y reglamentación más o menos semejantes que la legitimación adoptiva de la legislación chilena, puede ser solicitada por los cónyuges conjuntamente y, además, por una persona soltera. Esta última situación, que no contempla la legislación chilena, rige en Francia desde la Reforma del año 1966 y ha sido vivamente criticada.

47.— En la legislación chilena, los legitimantes adoptivos deben tener por lo menos cinco años de matrimonio; ser mayores de treinta años de edad y no tener más de sesenta y cinco años. Además, se exige que entre el legitimante adoptivo y el menor haya una diferencia de edad de por lo menos veinte años. Procede la legitimación adoptiva, aun cuando haya descendencia legítima. Se pueden legitimar hasta dos menores, pero en caso de fallecimiento de alguno de ellos o de ambos, es posible legitimar otros tantos.

48.— En la legislación francesa, los adoptantes casados y no separados de cuerpo, con cinco años de matrimonio, siempre que uno a lo menos tenga treinta años de edad, pueden solicitar la adopción plena. Si se trata de una persona soltera, debe tener por lo menos treinta y cinco años de edad. En todo caso, los adoptantes deben tener una diferencia de edad mínima de quince años con respecto al adoptado plenamente. Sin embargo, si se trata de un menor, hijo de uno de los cónyuges, la diferencia de edad se rebaja a diez años, y ésta aún puede ser disminuida con dispensa del Presidente de la República.

Como regla general, sólo pueden adoptar plenamente los que no tienen descendencia legítima, salvo dispensa del Presidente de la República. La existencia de adoptados simples, como el nacimiento de un hijo después de recibir en el hogar al adoptado pleno, no es obstáculo para la adopción.

Es interesante destacar la situación recién descrita, ya que, en Francia, el hecho de recibir a un menor en el hogar, con miras a la adopción, tiene una importancia decisiva, pues esta situación hace nacer los derechos para los adoptantes, aun cuando con posterioridad a este recibimiento, y antes de la dictación de la sentencia, nazcan hijos legítimos de su matrimonio.

49.— Después de lo expresado anteriormente, se pueden establecer las siguientes diferencias entre ambas legislaciones:

1ª— En la legislación chilena se exige una edad mínima de treinta años para adoptar, sin variación alguna. En la legislación francesa, la edad mínima es también de treinta años si los adoptantes son casados y de treinta y cinco años si el adoptante es soltero.

2ª— En la legislación chilena hay una edad máxima de sesenta y cinco años para los legitimantes adoptivos. En la legislación francesa no hay límite de edad para los adoptantes.

3ª— En la legislación chilena debe existir una diferencia de edad de veinte años entre los legitimantes adoptivos y el menor. En

Artículo: La familia adoptiva en los derechos chileno y francés
Revista: Nº145, año XXXVI (Jul-Sep, 1968)
Autor: Juan Arellano Alarcón

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

la legislación francesa esta diferencia es de quince años; la que puede ser rebajada a diez si el menor es hijo de alguno de los adoptantes, y aún a menos, por dispensa del Presidente de la República.

4ª— En la legislación chilena se puede legitimar adoptivamente, aun cuando haya descendientes legítimos. En la legislación francesa, en cambio, es requisito que los adoptantes no tengan hijos legítimos, salvo dispensa del Presidente de la República. Con todo, si los adoptantes plenos procrean hijos legítimos después de haber recibido al menor en su hogar, es procedente la adopción plena.

5ª— En la legislación chilena se puede legitimar adoptivamente hasta dos menores, y en caso de fallecimiento de alguno de ellos puede ser reemplazado por otro menor. En la legislación francesa se puede adoptar plenamente uno o más menores, pues el legislador espera que la familia adoptiva se constituya a imagen de la verdadera familia legítima, que comprende a menudo varios hijos.

b) *Condiciones de fondo relativas al menor.*

50— La legitimación adoptiva y la adopción plena tienen, por finalidad común, integrar al menor a la familia de los adoptantes.

En consecuencia, por regla general sólo los menores pueden ser objeto de este beneficio, salvo las disposiciones transitorias que se aconsejen en cada caso particular. En virtud de ellas, fue posible que también gozaran de este beneficio los mayores de edad, cumpliéndose, respecto de éstos, los requisitos que se exigían en cada caso.

Por consiguiente, nuestro estudio se referirá a las condiciones que deben reunir los menores para ser objeto de la legitimación adoptiva, tanto en lo concerniente a la edad y consentimiento, como a la tenencia o guarda previa del mismo.

Por lo demás, este beneficio favorece a los menores abandonados, según lo establece la legislación chilena, entendiéndose por tales, los hijos que no hayan sido atendidos personal ni económicamente por sus padres durante los plazos mínimos que establece la ley respectiva.

51.— En la legislación chilena, la edad máxima del menor es de dieciocho años y se confiere la legitimación adoptiva por sentencia de juez, sin necesidad del consentimiento del menor o de sus representantes, si los tuviere.

Sin embargo, si el juez lo estima conveniente, oirá a los padres, sin que su opinión sea decisiva en la resolución que se dicte. En otros términos, el trámite de oir a los padres es facultativo para el magistrado, y, si hiciere uso de esta facultad, la respuesta positiva o negativa de los padres no lo obliga en forma alguna.

No obstante, tratándose de menores internados en instituciones públicas o privadas de protección de menores, deberá siempre oírse a la respectiva Institución, pero su informe tampoco obliga al magistrado; es decir, si bien es imperativo solicitar el informe correspondiente, lo informado carece de fuerza obligatoria para el juez.

Artículo: La familia adoptiva en los derechos chileno y francés
Revista: Nº145, año XXXVI (Jul-Sep, 1968)
Autor: Juan Arellano Alarcón

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

52.— En la legislación francesa, la edad máxima para ser adoptado es de quince años.

Sin embargo, si el menor tiene más de quince años y ha sido recibido antes de cumplir esa edad por personas que no tenían todas las condiciones legales para adoptar, o si ha sido objeto de una adopción simple antes de cumplir los quince años, la adopción plena puede ser solicitada, si las condiciones son cumplidas, durante toda la minoridad del que va a ser adoptado (artículo 345 del Código Civil).

La adopción plena debe ser consentida por los padres del menor, por el Consejo de Familia o, por lo menos, por el Estado. En caso de ausencia de los padres, o si éstos se encuentran imposibilitados de manifestar su voluntad, el consentimiento lo presta el Consejo de Familia.

El consentimiento puede prestarse: a) ante el tribunal del domicilio o residencia del que consiente; b) ante un Notario; c) ante agentes diplomáticos o consulares franceses; d) ante el Servicio de Ayuda Social a la Infancia.

De lo anterior se desprende que el consentimiento se presta por las personas que tienen derecho a ello, no en trámite judicial, sino que fuera del procedimiento para adoptar.

El consentimiento puede dejarse sin efecto, por quien lo presta, mediante retractación efectuada por carta certificada con aviso de recepción dirigida a la persona o al Servicio ante quien se ha prestado, siempre que se haga dentro de los tres meses siguientes a su pronunciamiento.

53.— Como corolario de lo dicho precedentemente, se pueden establecer las siguientes diferencias entre ambas legislaciones:

1ª— En la legislación chilena la edad máxima para ser legitimado adoptivamente es de dieciocho años. En la legislación francesa es de quince años;

2ª— En la legislación chilena no se requiere el consentimiento de los padres o representantes legales del menor, salvo los informes que el tribunal respectivo pueda solicitar, pero que no lo obligan en ningún caso. En la legislación francesa es trámite obligatorio el consentimiento de quien corresponda, consentimiento que se otorga fuera del tribunal que, en definitiva, va a dictar la sentencia de adopción plena.

54.— La tenencia o guarda previa —llamada "accueil" en la legislación francesa—, consiste en recibir al menor en el hogar de los que van a adoptarlo, con el objeto de que dicho menor tenga esta experiencia previa en su nueva familia y, al mismo tiempo, para que los futuros padres tengan, a su vez, la experiencia correspondiente.

55.— En la legislación chilena se exige este paso previo sólo en la legitimación adoptiva. Se requiere, para estos efectos, que el menor haya estado al cuidado de los legitimantes adoptivos, durante

Artículo: La familia adoptiva en los derechos chileno y francés
Revista: Nº145, año XXXVI (Jul-Sep, 1968)
Autor: Juan Arellano Alarcón

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

dos años si cuenta con menos de siete años de edad, y durante cuatro años, si tiene una edad superior a la indicada.

56.— En la legislación francesa, la tuición, cuidado o "accueil" personal del menor es de seis meses a lo menos, y tiene además la importancia muy especial de hacer posible la adopción plena de los mayores de quince años de edad, si han sido recibidos en el hogar de los futuros adoptantes teniendo menos de esa edad, y para el caso de que aquéllos no cumplieran todavía los requisitos exigidos por la ley. En tal caso, el hecho de recibir al menor con miras a la adopción, habilita a los futuros adoptantes para producir posteriormente la adopción plena, aun cuando el menor tenga más de quince años, pero en todo caso antes de cumplir éste la mayoría de edad.

57.— El cuidado del menor en los plazos indicados, tanto en la legislación chilena como en la francesa, presenta la importancia de preparar a los adoptantes para el evento de que ellos procedan después a legitimarlo adoptivamente o a adoptarlo plenamente; como asimismo para acostumbrar al menor a su nuevo hogar. Es, pues, un período preparatorio y de prueba para ambas partes.

58.— Es necesario referirse, también, a las condiciones de forma y procedimiento, o sea, a los requisitos externos que deben llenarse para obtener en definitiva el pronunciamiento de legitimación adoptiva y de adopción plena. A las formalidades que deben cumplirse, una vez que se encuentran satisfechos los requisitos de fondo, los que serán examinados por el tribunal correspondiente, a objeto de pronunciarse en definitiva sobre si es o no posible dictar sentencia en virtud de la petición que se formule.

Estas condiciones dicen referencia con la petición de adopción plena y con el procedimiento judicial que debe seguirse, para terminar con la sentencia que recaiga en la petición formulada.

59.— *Petición de adopción.*— En la legislación chilena, los interesados en legitimar adoptivamente a un menor deben hacer su petición al Juzgado de Letras de Menores de su domicilio, y si no existiera este tribunal especial, al Juez de Letras de Mayor Cuantía de dicho domicilio.

La petición deben formularla los cónyuges conjuntamente; su voluntad de legitimar está expresada en la petición que hacen por escrito. Ella debe ser firmada por ambos y sus firmas autorizadas por el Secretario del tribunal o por un Notario Público, quienes dejarán constancia de que la solicitud se firmó en su presencia y de la identidad de los solicitantes.

Esta exigencia se justifica, si se considera la importancia, trascendencia y efectos que produce el trámite que se inicia.

En caso de que el legitimante adoptivo sea viudo o viuda, el consentimiento del cónyuge fallecido se acreditará por un conjunto de antecedentes que lo establezcan de un modo irrefragable, acom-

Artículo: La familia adoptiva en los derechos chileno y francés
Revista: Nº145, año XXXVI (Jul-Sep, 1968)
Autor: Juan Arellano Alarcón

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

pañados a la misma solicitud o producidos durante la substanciación del procedimiento.

En la legislación francesa, la adopción plena se pronuncia a petición del adoptante ante el Tribunal de Mayor Cuantía, que verifica si están cumplidas las condiciones legales y si la petición es beneficiosa para el menor.

Previamente, los adoptantes debieron recibir al menor con miras a la adopción. Esta colocación y recibimiento con miras a la adopción plena, debió ser consentida por quien corresponda —como se dijo anteriormente— e impide la restitución del menor a su familia de origen, como asimismo toda declaración de filiación y todo reconocimiento (artículo 352 del Código Civil). De ahí la importancia de dicho recibimiento del menor en el hogar de los futuros adoptantes.

60.— *Procedimiento.* En la legislación chilena la tramitación se inicia —como hemos expresado— por petición escrita formulada por los legitimantes al Tribunal de Menores. El procedimiento se ha simplificado, pues la ley otorga amplias facultades a los jueces de menores para determinar si se cumplen los requisitos legales en cuanto a edad, diferencia de edades, tenencia previa o guarda del menor de parte de los legitimantes adoptivos y si la legitimación es beneficiosa para aquél.

Los peticionarios pueden rendir las pruebas que estimen conveniente y el tribunal las apreciará en conciencia. Los Juzgados de Letras de Menores cuentan con Asistentes Sociales, quienes informan al tribunal al tenor de los puntos que éste desea se aclaren o se comprueben. Asimismo, debe informar el Defensor Público, después de lo cual el juez, acumulados todos los antecedentes necesarios, dicta su sentencia.

La tramitación judicial de la legitimación adoptiva es secreta, y en tal virtud, los tribunales mantienen en reserva los expedientes. La razón de esto se encuentra en la circunstancia de que el legislador desea que el menor, objeto de este beneficio, desconozca su verdadero origen y sea considerado, para todos los efectos, como hijo legítimo de los legitimantes adoptivos.

La sentencia que se dicte, acogiendo la petición, confiere al menor la calidad de hijo legítimo y ordenará que el legitimado adoptivamente se inscriba en el Registro de Nacimientos de la Oficina del Registro Civil que corresponda al domicilio de los legitimantes adoptivos, como hijo de éstos. Esta inscripción contendrá los datos de nombre, fecha, hora y lugar de nacimiento del menor e indicará los nombres de los legitimantes adoptivos como padres del menor. Asimismo, la sentencia ordenará la cancelación de la inscripción de nacimiento del menor, anteriormente practicada, como también la destrucción de la ficha individual y de todo otro antecedente que permita su identificación. El expediente completo se envía al Oficial del Registro Civil, el que, una vez practicada la nueva inscripción de nacimiento, remitirá los antecedentes al Jefe del Archivo General del Registro Civil, quien ordenará cancelar la antigua inscripción

Artículo: La familia adoptiva en los derechos chileno y francés
Revista: Nº145, año XXXVI (Jul-Sep, 1968)
Autor: Juan Arellano Alarcón

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

de nacimiento y archivar los autos originales en sección separada del Archivo Nacional, con numeración correlativa especial.

Los efectos de la legitimación adoptiva se producen desde la inscripción de nacimiento del legitimado adoptivamente.

Por su parte, en la legislación francesa la tramitación de la adopción plena se inicia también con la petición de los adoptantes al Tribunal de Mayor Cuantía, el que verifica si se han cumplido las exigencias legales, entre las cuales figura el recibimiento del menor en el hogar de los adoptantes con miras a la adopción plena, y la comprobación de que ésta es también beneficiosa para el menor.

Si no se diere lugar a la petición de adopción, la colocación del menor en el hogar de los solicitantes se resuelve con efecto retroactivo.

Durante la tramitación puede presentarse oposición de terceros a la adopción plena, la que sólo se admite en caso de dolo o fraude imputables a los adoptantes.

Dictada la sentencia y después de 15 días de ejecutoriada, se transcribe a los Registros del Estado Civil del lugar de nacimiento del adoptado, a petición del Procurador de la República.

La transcripción enuncia el día, hora y lugar de nacimiento y sexo del menor, así como sus nombres y los de los adoptantes. No contiene ninguna indicación relativa a la filiación real del adoptado. Esta transcripción desempeña las funciones de acta de nacimiento del adoptado. El acta de nacimiento originaria, con la mención "Adopción", se considera nula.

Los efectos de la adopción plena se producen a contar del día de la presentación de la demanda de adopción.

61.— Después de lo anteriormente expuesto, se pueden anotar las siguientes diferencias entre ambas legislaciones:

1ª— En la legislación chilena la tramitación es secreta; en la legislación francesa, es pública;

2ª— En la legislación chilena no se contempla la posibilidad de oposición a la legitimación adoptiva, salvo la del propio legitimado, por fraude o dolo. En la legislación francesa se admite la oposición de terceros, por fraude o dolo imputables a los adoptantes;

3ª— En la legislación chilena se destruyen todos los antecedentes que permitan identificar al menor en relación con su familia de origen. En la legislación francesa no se contempla esta situación, y en cuanto a la inscripción de nacimiento originaria, con la sola mención de "Adopción", se considera nula;

4ª— En la legislación chilena los efectos de la legitimación adoptiva se producen desde la nueva inscripción de nacimiento del menor. En la legislación francesa, los efectos se producen desde la presentación de la solicitud de adopción plena.

§2.— *Efectos de la legitimación adoptiva y de la adopción plena.*

62.— Los efectos dicen relación con los derechos y obligaciones que generan estas instituciones y ellos podríamos analizarlos

Artículo: La familia adoptiva en los derechos chileno y francés
Revista: Nº145, año XXXVI (Jul-Sep, 1968)
Autor: Juan Arellano Alarcón

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

desde el punto de vista de los adoptantes o de los adoptados. Sin embargo, como se trata en general de los efectos que producen y se relacionan con los actos de familia, que implican necesariamente consecuencias recíprocas, lo haremos sólo desde el punto de vista del legitimado adoptivamente.

Así considerado el problema, es menester, para una mayor claridad, distinguir los efectos, en cuanto al menor se refieren, en relación con su familia originaria (A) y respecto de su familia adoptiva (B).

A.— *En relación con la familia de origen.*

63.— En la legislación chilena, los efectos de la legitimación adoptiva se producen desde la nueva inscripción de nacimiento, pero se retrotraen a la fecha de nacimiento del menor. Es decir, desde su nacimiento el menor ha adquirido la calidad de hijo legítimo de los legitimantes adoptivos y, por lo tanto, desde aquella fecha tiene todos los derechos y obligaciones correspondientes a esa categoría de hijos. Así quedó constancia en la historia fidedigna del establecimiento de la ley.

Los efectos son tan profundos, que desvincula absolutamente al menor de su familia de origen, salvo las excepciones que se analizan en seguida.

El legislador ha pretendido beneficiar a los menores desamparados. El ha partido de la base de que las disposiciones de la Ley Nº 16.346 se aplican a los que carecen de protección, en virtud de carecer también de padres. Por ello, no ha vacilado en desvincular en profundidad al hijo de su familia de origen, haciendo caducar estos vínculos para todos los efectos legales. Tales vínculos únicamente podrían renacer si se declarare nula la legitimación adoptiva a petición expresa del legitimado adoptivamente, y sólo por fraude o dolo de los legitimantes. Los verdaderos padres biológicos del menor están imposibilitados de ejercer acción alguna, pues no existe ningún vínculo que los una al legitimado adoptivamente.

La razón de ese efecto tan trascendental reside en que el legitimado adoptivamente es hijo legítimo de los legitimantes y se incorpora en plenitud a esta nueva familia; además, el trámite de legitimación adoptiva se hace con reserva y secreto. Por consiguiente, dicho menor sólo tiene un padre y una familia a la que pertenece y a la que se ha incorporado por disposición de la ley, que ha reemplazado, en este aspecto, a la naturaleza, fingiendo una procreación que no ha existido.

No obstante esta desvinculación tan completa con la familia originaria del menor, la ley mantiene dos excepciones: a) subsisten los impedimentos para contraer matrimonio entre el legitimado adoptivamente y los miembros de su familia originaria; b) sólo el legitimado adoptivamente puede impetrar los derechos patrimoniales derivados de su filiación anterior, tales como prestaciones alimenticias y asignaciones hereditarias.

Artículo: La familia adoptiva en los derechos chileno y francés
Revista: Nº145, año XXXVI (Jul-Sep, 1968)
Autor: Juan Arellano Alarcón

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Sin embargo, será difícil que estas excepciones tengan aplicación práctica, pues no existen antecedentes que permitan identificar la familia de origen del menor, ya que en la tramitación se han destruido todos los antecedentes que permitan tal identificación.

64.— En la legislación francesa, el adoptado deja de pertenecer a su familia de origen, manteniéndose también las prohibiciones del matrimonio contempladas en los artículos 161 a 164 del Código Civil francés. No contempla esta legislación una desvinculación tan tajante y plena como la chilena. En efecto, se mantienen elementos como para determinar, en un caso concreto, cuál es la familia de origen del adoptado plenamente, pues se conserva su anterior inscripción de nacimiento que, con la mención "adopción", se considera nula. Por lo demás, también se admite oposición a la sentencia de adopción, lo que significa que, si bien es cierto que el adoptado deja de pertenecer a su familia de origen, no lo es menos que los antecedentes que permiten su identificación se mantienen en vigencia.

65.— De lo anterior se pueden obtener las siguientes diferencias:

1ª— En la legislación chilena, el menor legitimado adoptivamente se desvincula, en forma absoluta y permanente, de su familia de origen, y este efecto se produce desde la inscripción del nacimiento y se retrotrae a la fecha del mismo. En la legislación francesa también se produce esta desvinculación; pero de todas maneras se conservan antecedentes que permiten identificar al menor, como perteneciente a una familia distinta de aquella que lo ha adoptado plenamente;

2ª— Se mantienen, en ambas legislaciones, los impedimentos para el matrimonio;

3ª— En la legislación chilena, el menor legítimamente adoptado puede impetrar sus derechos patrimoniales en su familia de origen. En la legislación francesa no se contempla este caso; pero como la desvinculación no es tan absoluta, podemos concluir que también del menor adoptado plenamente puede hacer valer dichos derechos.

B.— *En relación con la familia adoptiva.*

66.— En la legislación chilena, el legítimamente adoptado pasa a ser hijo legítimo de los legitimantes, con todos sus derechos y obligaciones de tal.

Lo mismo sucede respecto a los parientes de los legitimantes adoptivos. En otras palabras, como la incorporación a esta nueva familia es completa, los ascendientes del legitimante, así como los colaterales y descendientes, lo son también, en el mismo grado de parentesco, del legitimado adoptivamente.

Al decir que el menor pasa a ser hijo legítimo de los legitimantes, se están dando todos los efectos de tal. En consecuencia, hacer una enumeración particular de esos efectos, sería inoficioso, pues significaría repetir todos los derechos, obligaciones relaciones pa-

Artículo: La familia adoptiva en los derechos chileno y francés
Revista: Nº145, año XXXVI (Jul-Sep, 1968)
Autor: Juan Arellano Alarcón

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

trimoniales y morales, existentes entre padre e hijo legítimo y los parientes del primero en relación con el segundo.

67.—En la legislación francesa, también, de una manera irrevocable, el adoptado plenamente tiene los mismos derechos y las mismas obligaciones de un hijo nacido en el matrimonio. Es decir, pasa a ser hijo legitimo de los adoptantes y, por lo tanto, lleva los apellidos de éstos, su nacionalidad y los derechos patrimoniales y extrapatrimoniales que las leyes conceden a los hijos legítimos. Para tales efectos, no se necesita el consentimiento de la familia de los adoptantes.

Tanto en la legislación chilena, como en la francesa, la legitimación adoptiva y la adopción plena son irrevocables.

68.— Al término del estudio de la familia adoptiva en las legislaciones chilena y francesa, el método comparativo, que los autores han concebido y aplicado, ha impedido operar entre ellos una división artificial del campo de las investigaciones en función de los principios del Derecho Chileno y del Derecho Francés. Estos Derechos no han sido estudiados sucesivamente, uno después del otro, para que sea el lector quien en definitiva haga la comparación. Los autores han abandonado este método elemental, entendiendo que la comparación debe ser permanente entre las instituciones chilena y francesa, dividiéndolas según las líneas de fuerza para realizar un estudio acumulativo de confrontación en cada momento o situación jurídica.

Este método es muy beneficioso; desde luego, se desenvuelve naturalmente en torno a reflexiones útiles que desembocan en la forma de conclusiones de este estudio.

69.— Los dos Derechos objeto de este trabajo —el Chileno y el Francés— que tienen una misma fuente de inspiración, la romana, han evolucionado de una manera casi idéntica.

La familia adoptiva, cuyo modelo originario es el romano, tiene su fundamento en una concepción religiosa de la familia agnaticia. El ciudadano romano tenía la obligación de transmitir el culto de sus antepasados a un sucesor que debía designar en caso de faltar el descendiente legítimo. En vista del debilitamiento del concepto religioso originario, la adopción se transforma en el medio de traspasar un patrimonio familiar a una persona que se designa como sucesor, a fin de que una "familia" no desaparezca totalmente.

En esas concepciones no aparece la necesidad del hombre sin descendencia de crear durante su vida, y no sólo en previsión de su muerte, un cuadro familiar que lo defienda de su marchitamiento, formando un lugar de reencuentro de afecciones compartidas entre adoptado y adoptante. Sin duda, en la legislación reciente, tanto chilena como francesa, la institución romana ha sido objeto de múltiples modificaciones; sin embargo, no han cambiado su carácter originario.

Artículo: La familia adoptiva en los derechos chileno y francés
Revista: Nº145, año XXXVI (Jul-Sep, 1968)
Autor: Juan Arellano Alarcón

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Tal es el peso de la Historia, tan fuerte es la costumbre hacia las mismas instituciones, que debió esperarse hasta la segunda mitad de este siglo para que se creara una nueva institución: la verdadera familia adoptiva, creada a imagen y semejanza de la familia legítima.

70.— A este respecto vale la pena constatar que los Derechos Chileno y Francés, surgidos en países que, por la distancia geográfica, parecen separados, están en definitiva muy cerca el uno del otro por el espíritu y por la letra.

Bastaría, en efecto, que el Derecho Francés tomara del Derecho Chileno las reglas que permitan hacer desaparecer legalmente todo vestigio material de los lazos entre el adoptado y su familia sanguínea u originaria, y que el Derecho Chileno afirmara, como el Derecho Francés, la noción "d'accueil au foyer" —recibimiento en el hogar—, para tener una legislación ideal, es decir, la más adaptada a su finalidad.

Esta finalidad es la constitución de una verdadera familia, nacida, no ya de relaciones biológicas, sino de relaciones tan poderosas como ésas; relaciones que nacen de una afección común entre personas que son elegidas como parientes, con miras a vivir en esta condición moralmente superior a su precedente estado de aislamiento o soledad.

71.— La evolución de ambos Derechos, notoriamente acelerada en los últimos años, no es fruto del azar. La misma norma civil evoluciona o se transforma con la costumbre, y las costumbres cambian al mismo tiempo que los medios económicos y sociales que las engendran.

El debilitamiento de las concepciones patrimoniales, debido a la evolución económica, provoca la aparición de un tipo de familia cuyos miembros están ligados entre sí, más por afecto que por interés. Si desaparece el afecto, la familia legítima se desintegra. Si el afecto se afirma dentro del cuadro de las leyes, la familia adoptiva se crea, sobre este único fundamento, a semejanza de la familia legítima, como cuadro de vida y centro de afectos recíprocos.

Reglamentando de manera casi idéntica una institución común a ambas legislaciones —"institution charniere"—, hay que admitir que los contextos sociológicos chilenos y franceses no son de ninguna manera diferentes. De lo contrario ¿cómo explicar que los Derechos sean similares?

Sin duda, esto es materia o problema de la Sociología. Si el jurista no puede ignorar esta ciencia, su obra se detiene en las leyes que comenta y en las reflexiones que necesariamente lo inspiran a manera de conclusión en todo estudio de Derecho Comparado.