¿ES POSIBLE REVOCAR EL CERTIFICADO DE IDONEIDAD OTORGADO A LOS ADOPTANTES POR ORGANISMOS ACREDITADOS ANTE EL SERVICIO DE MEJOR NIÑEZ?

*Javier Herrera Valverde**

*Joaquín Reyes Barros***

RESUMEN

Este artículo versa respecto de la naturaleza jurídica del informe o Certificado de Idoneidad referido en los artículos 20 y 23 de la Ley N° 19.620, que dicta normas acerca de adopción de menores (“Ley de Adopción”), emitido por los colaboradores acreditados por el Servicio Nacional de Protección Especializada a la Niñez y Adolescencia (“Servicio de Mejor Niñez”, ex-Sename). Sostenemos que dicho informe o certificado es un acto administrativo de contenido favorable para sus destinatarios. Tal naturaleza determina la posibilidad de revocar dicho certificado, y los requisitos que dicha revocación debiese cumplir en caso de ser procedente, cuestiones que también se analizan en el artículo. En relación con lo anterior, se estudiará también la posibilidad de controlar judicialmente los actos de discrecionalidad administrativa que versan concernientes a cuestiones técnicas, como es el caso del antedicho informe o Certificado de Idoneidad.

Palabras clave: Ley de adopción, informe de idoneidad, Servicio de Mejor Niñez, acto administrativo, discrecionalidad administrativa.

El presente trabajo alude a la naturaleza jurídica del informe o Certificado de Idoneidad referido en los artículos 20 y 23 de la Ley N° 19.620, que dicta normas acerca de adopción de menores (“Ley de Adopción”) cuando tal informe es dictado

* Máster en Estudios Jurídicos Avanzados, Universidad de Barcelona. Doctor (c) en Ciudadanía y Derechos Humanos, Universidad de Barcelona. Correo electrónico: jherreva21@doct.ub.edu

** Doctor en Derecho, Universidad de Edimburgo. Investigador, Facultad de Derecho, Universidad San Sebastián. Correo electrónico: joaquin.reyes@uss.cl

por una institución en su calidad de organismo acreditado por el Servicio Nacional de Protección Especializada a la Niñez y Adolescencia (en adelante e indistintamente, “Servicio de Mejor Niñez” o “Servicio”, antes conocido como “Sename”). Luego de establecer su naturaleza jurídica como acto administrativo, analizaremos la posibilidad de revocar dicho certificado, y los requisitos que dicha revocación debiese cumplir en caso de ser procedente. Además, se analizará acerca de la posibilidad de controlar judicialmente los actos de discrecionalidad administrativa que tratan acerca de cuestiones técnicas, como es el caso del antedicho informe o Certificado de Idoneidad.

El presente artículo está dividido en cuatro secciones. La primera sección tratará la naturaleza jurídica del informe o Certificado de Idoneidad emitido por los organismos acreditados ante el Servicio de Mejor Niñez. En ella sostendremos que el Certificado de Idoneidad es un acto administrativo de contenido favorable para sus destinatarios, y que tales organismos, sin perjuicio de ser entidades privadas, al otorgar dicho certificado actúan en ejercicio de potestades públicas y, por tanto, como un órgano administrativo más.

En la segunda sección analizaremos si la entidad certificante posee la facultad para revocar dicho certificado y cuáles serían los requisitos que dicha revocación debiese cumplir para producir efectos jurídicos. Nuestra conclusión será que, siendo el Certificado de Idoneidad un acto administrativo de contenido favorable, su revisión únicamente procede de manera excepcional, en casos cuando los derechos de los administrados hayan sido adquiridos de manera ilegítima, es decir, por medio de fraude o medios ilícitos, mediante un procedimiento de invalidación. Aun en estos casos, el procedimiento de invalidación debe garantizar un procedimiento racional y justo, cumpliendo siempre el principio de motivación.

En la tercera sección mostraremos que los actos administrativos discrecionales sí son susceptibles de control judicial. Si bien existe discrepancia entre los autores respecto de la procedencia del control judicial, no cabe duda de que aún tales actos son susceptibles de control formal por parte de los tribunales de justicia. Por tanto, un acto revocatorio en ejercicio de la discrecionalidad administrativa es siempre susceptible de control judicial por parte de los tribunales de justicia.

La cuarta sección concluye el artículo.

1. NATURALEZA JURÍDICA DEL CERTIFICADO DE IDONEIDAD EMITIDO POR LOS ORGANISMOS ACREDITADOS ANTE EL SERVICIO DE MEJOR NIÑEZ

El artículo 20 de la Ley de Adopción establece que podrá otorgarse la adopción a los cónyuges chilenos que tengan dos o más años de matrimonio y que, cumpliendo con los demás requisitos legales, “hayan sido evaluados como física, mental, psicológica y moralmente idóneos por alguna de las instituciones a que se refiere el artículo 6°”. Por su parte, el artículo 6° de la Ley de Adopción señala que podrán intervenir

¿Es posible revocar el certificado de idoneidad otorgado a los adoptantes por organismos acreditados ante el Servicio de Mejor Niñez? / JAVIER HERRERA VALVERDE, JOAQUÍN REYES BARROS

en los programas de adopción “solo el Servicio Nacional de Menores [actualmente denominado ‘Servicio de Mejor Niñez’, ya individualizado] o los organismos acreditados ante este” (énfasis añadido).

Tal evaluación también se menciona en el artículo 23 N° 3, que señala que la solicitud de adopción se deberá acompañar de un *informe de evaluación de idoneidad física, mental, psicológica y moral del o los solicitantes, emitido por alguna de las instituciones aludidas en el artículo 6°* (énfasis añadido). Este es el llamado informe o “certificado” de idoneidad (en adelante, “Certificado de Idoneidad”), cuya naturaleza jurídica pasaremos a analizar a continuación.

En lo que sigue, sostendremos que el Certificado de Idoneidad es un acto administrativo de contenido favorable para sus destinatarios. Para ello mostraremos que los organismos colaboradores acreditados ante el Servicio de Mejor Niñez reciben financiamiento estatal y ejercen potestades públicas (sección A); que, por esta y otras razones, el Certificado de Idoneidad es un acto administrativo en conformidad con la Ley N° 19.880, que establece bases de los procedimientos administrativos que rigen los actos de los órganos de la Administración del Estado (“Ley N° 19.880 o LBPA”) (sección B), y, finalmente, que es un acto administrativo de contenido favorable para sus beneficiarios (sección C).

A. Los organismos colaboradores acreditados ante el Servicio de Mejor Niñez reciben financiamiento estatal y ejercen potestades públicas

Desde 1990, nuestro país ha asumido un rol de garante y se ha autoimpuesto la obligación de hacer el máximo de esfuerzos a su alcance por asegurar el bienestar y pleno ejercicio de los derechos de cada niño, niña y adolescente (NNA)¹. El punto de partida a este respecto fue la ratificación de la Convención de los Derechos del Niño (CDN)². Sin embargo, el cumplimiento de los compromisos y obligaciones derivados de la CDN ha sido insuficiente³.

Para abordar estas deficiencias no solo ha sido necesario adaptar normas sustantivas y crear nuevos marcos jurídicos dirigidos a la protección de la niñez, sino que también ha resultado imprescindible reformar toda la institucionalidad relacionada. Esto ha implicado la creación de nuevos órganos administrativos como la Subsecretaría

¹ Subsecretaría de la Niñez (2024). *Resumen ejecutivo: Política Nacional de la Niñez y Adolescencia y su Plan de Acción (2024-2032)*.

² Mediante el D.S N° 830, de 14 de agosto de 1990, del Ministerio de Relaciones Exteriores, que promulga la Convención sobre los Derechos del Niño.

³ Una constatación de la falta de cumplimiento de los compromisos derivados de la CDN, puede verse en Defensoría de la Niñez (2022).

de la Niñez, el Servicio de Mejor Niñez y la Defensoría de la Niñez, entre otros⁴, además de la eliminación de otros, como el Sename.

En particular, el rol del Servicio Mejor Niñez ha sido cuestionado tanto por la opinión pública como por organismos internacionales, debido al incumplimiento de algunas de las funciones para las que fue creado⁵. Una de las principales áreas de cuestionamiento dice relación con la protección integral de la niñez y, en particular, la falta de una protección especializada⁶. Varias causas subyacen a este fenómeno: la escasez de profesionales especializados, la desinformación respecto del proceso de reestructuración tanto dentro del nuevo servicio como entre los organismos colaboradores, la continuidad de una oferta programática reactiva y fragmentada, una instalación apresurada del servicio antes de contar con reglamentos claros que estructuren su funcionamiento y un apoyo intersectorial insuficiente, entre otras. También se podría agregar como explicación de este fenómeno la consideración de los NNA únicamente como un objeto de protección y no como sujetos titulares de derechos⁷.

En este contexto, el Servicio de Mejor Niñez ha sido configurado como un organismo público descentralizado, dotado de personalidad jurídica y patrimonio propios, sometido a la supervigilancia del Presidente de la República, por medio del Ministerio de Desarrollo Social y Familia, y sujeto a la fiscalización de la Subsecretaría de la Niñez⁸, operando, en gran medida, mediante los organismos colaboradores acreditados ante el Servicio.

El artículo 35, inciso primero, de la Ley Nº 21.302, define estos organismos como toda persona jurídica sin fines de lucro que, con el objeto de desarrollar las acciones señaladas en el artículo 2º de la misma ley, sea reconocida como tal en la forma y

⁴ Al respecto, véase lo dispuesto en el artículo 75 de la Ley Nº 21.430, acerca de garantías y protección integral de los derechos de la niñez y adolescencia.

⁵ Lobos, Gabriela; Burgos, Carlos; Ulloa, Cynthia (2023). "Percepción de los profesionales interventores de organismos colaboradores del Servicio Mejor Niñez sobre la vulneración de los derechos de niños, niñas y adolescentes en comuna centro-sur de Chile: una mirada desde el contexto de pandemia". *Revista Costarricense de Psicología*, vol. 42, Nº 1, pp. 81-96.

⁶ Unicef (2022), pp. 60-61.

⁷ Entre otros, por Lobos, Burgos y Ulloa (2023), Amador, Juan Carlos (2020): "Las voces infantiles llegan a ser tan potentes que es imposible no escucharlas": entrevista a Susana Sosenski. *Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud*, 18 (2), pp. 1-10, 14. Contreras, Lorena, Paulsen, Catalina y Gómez, Esteban. (2018). "Graves vulneraciones de derechos en la infancia y adolescencia: variables de funcionamiento familiar", en: *Universitas Psychologica*, 17(3), pp. 1-10, 20. Herrera, Constanza, y Aravena, Andrea (2015). "Imaginario social de la infancia en la política social chilena" (2001-2012). *Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud*, 13(1), pp. 72-84, Lagos, Giselle y Pérez-Luco, Ricardo (2021). "Cumplimiento de derechos infantiles en Chile: evaluación de profesionales de programas públicos", en *Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud*, 19(1), pp. 1-19.

⁸ De conformidad a lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley Nº 21.302.

¿Es posible revocar el certificado de idoneidad otorgado a los adoptantes por organismos acreditados ante el Servicio de Mejor Niñez? / JAVIER HERRERA VALVERDE, JOAQUÍN REYES BARROS

condiciones exigidas por la Ley N° 20.032, que regula el régimen de aportes financieros del Estado a los colaboradores acreditados.

Estas instituciones sin fines de lucro –corporaciones o fundaciones– tienen por objeto la asistencia o protección de menores de edad y se encuentran sometidas en su actuar a las pautas técnicas elaboradas por la Dirección Nacional del Servicio de Mejor Niñez (art. 10° del Reglamento de la Ley de Adopción), ejercen potestades públicas en función del rol público que cumplen (art. 2°, N° 5 y 6 de la Ley N° 20.032, art. 1° de la Ley N° 21.032), están sometidas a supervisión por parte del Servicio Nacional de Protección Especializada a la Niñez (art. 6° Ley N° 21.032) y obtienen financiamiento estatal para el cumplimiento de sus fines (regulados por la Ley N° 20.032)⁹.

Es precisamente debido a la importancia de las potestades públicas que ejercen que sus actuaciones se encuentran estrictamente reguladas por diversos cuerpos normativos. En efecto, dentro del marco legal que regula la actuación de dichas instituciones encontramos las siguientes normas: (i) Ley N° 20.032, que regula el régimen de aportes financieros del Estado a los colaboradores acreditados; (ii) Ley N° 21.302, que crea el Servicio Nacional de Protección Especializada a la Niñez y Adolescencia; (iii) Decreto Supremo N° 944 de 2000 (Reglamento de la Ley de Adopción), y (iv) Normativa Técnica del Subprograma de Evaluación de Solicitantes y su Preparación como Familia Adoptiva (aprobada por Resolución Exenta N° 120, de fecha 26 de enero de 2018), entre otras.

A modo de ilustración, respecto de las potestades públicas que ejercen estos organismos colaboradores, se pueden anotar, además de la evaluación técnica de la idoneidad física, mental, psicológica y moral de los cónyuges chilenos o extranjeros con permanencia definitiva, aquellas relativas a la adopción de aquellas medidas necesarias para el ejercicio del derecho de los niños, niñas o adolescentes que acojan, a mantener relaciones personales, contacto directo y regular con sus padres y con otros parientes, salvo resolución judicial en contrario¹⁰, denunciar de inmediato a la autoridad competente las situaciones de vulneración a los derechos que fueren constitutivas de delito que afecten a cualquiera de los niños, niñas y adolescentes atendidos¹¹, y destinar la subvención fiscal a aquellos gastos que origina la atención de los niños, niñas y adolescentes, tales como remuneraciones y otros beneficios legales del personal, consumos básicos, mantenciones y reparaciones de inmuebles e instalaciones¹².

⁹ Actualmente existen cuatro organismos acreditados ante el Servicio de Mejor Niñez: (i) la Fundación Chilena de la Adopción; (ii) la Fundación Mi Casa; (iii) la Fundación Colonias y Campamentos y Hogares de Menores, y (iv) La Fundación San José.

¹⁰ Artículo 24, inciso 7°, Ley N° 21.302.

¹¹ Artículo 14, Ley N° 20.032.

¹² Artículo 26 bis, Ley N° 20.032.

¿Es posible revocar el certificado de idoneidad otorgado a los adoptantes por organismos acreditados ante el Servicio de Mejor Niñez? / JAVIER HERRERA VALVERDE, JOAQUÍN REYES BARROS

Como se puede advertir y en conformidad con lo dispuesto en el artículo 35, inciso final, de la Ley N° 21.302, para efectos de esa ley y las demás que conforman el sistema jurídico de protección de la niñez, “se entenderá que las personas jurídicas que sean colaboradores acreditados y su personal, cualquiera sea la naturaleza del vínculo, así como las personas naturales acreditadas, cumplen una *función pública*” (énfasis añadido). Lo anterior ha sido también señalado por la Contraloría General al momento de revisar la legalidad de los convenios suscritos entre el Servicio de Mejor Niñez y los colaboradores acreditados¹³.

De este modo, si bien los organismos acreditados ante el Servicio de Mejor Niñez son entidades de derecho privado sin fines de lucro, también constituyen entidades colaboradoras de la administración (en este caso, del Servicio de Mejor Niñez), formando parte del sector público, precisamente al cumplir, en esencia, fines de interés público orientados a la satisfacción de necesidades públicas, particularmente, formando parte del sistema jurídico de la protección de la niñez, percibiendo a tales efectos financiamiento del erario nacional, mediante la subvención correspondiente y debiendo cumplir con estándares que le impone el referido servicio respecto de su actuación, transparencia, probidad y control.

B. El Certificado de Idoneidad es un acto administrativo en los términos establecidos en la LBPA

Ya antes de la Ley N° 19.880, la doctrina chilena definía el acto administrativo como una especie de acto jurídico, *i.e.*, como una declaración de voluntad que produce efectos jurídicos¹⁴. Así lo ha definido también la Contraloría General de la República, en el dictamen N° 5380/2000, en el que ha señalado que acto administrativo es:

[...] toda declaración de voluntad general o particular de un órgano administrativo, en función de una potestad administrativa y que tiene por finalidad decidir o emitir juicios sobre derechos, deberes e intereses de las entidades administrativas o de particulares frente a él.

Acto seguido, el mismo dictamen establece los requisitos de todo acto administrativo:

Para que estemos en presencia de un acto administrativo se requiere lo siguiente:

1. que exista una declaración de voluntad; 2. que dicha declaración emane de un

¹³ Dictamen E420609N23 de 2023.

¹⁴ Cf. Varas, Guillermo (1940). *Derecho Administrativo* (Santiago: Nascimento), p. 253. Jara Cristi, Manuel (1948). *Manual de Derecho Administrativo* (Santiago: Editorial Jurídica de Chile), p. 116. Esta aproximación al acto administrativo es también común en el derecho comparado. Véase, por todos, Sánchez Morón, Miguel (2012). *Derecho Administrativo. Parte General* (Madrid: Tecnos), p. 529.

¿Es posible revocar el certificado de idoneidad otorgado a los adoptantes por organismos acreditados ante el Servicio de Mejor Niñez? / JAVIER HERRERA VALVERDE, JOAQUÍN REYES BARROS

órgano administrativo; 3. que el órgano emisor sea competente para expedirla; 4. que el acto implique una decisión tendiente a producir un efecto jurídico; 5. que recaiga tanto en derechos, deberes o intereses de las entidades administrativas o sobre derechos y deberes de particulares frente a la Administración.

La definición del artículo 3°, inciso 2°, de la LBPA continuó la misma línea ya anticipada por la doctrina y la jurisprudencia de la Contraloría General. En efecto, la LBPA mantiene la idea del acto administrativo como una declaración de voluntad de la Administración del Estado, pero con un contenido mucho más formalista. Como bien señala el profesor Eduardo Cordero, se trata de una definición “que coincide básicamente con los actos de carácter formalizados”¹⁵. En efecto, la LBPA señala que, “para efectos de esta ley se entenderá por acto administrativo las decisiones formales que emitan los órganos de la Administración del Estado en las que se contienen declaraciones de voluntad, realizadas en el ejercicio de una potestad pública”. Y agrega el mismo artículo en su inciso 6°: *Constituyen, también, actos administrativos los dictámenes o declaraciones de juicio, constancia o conocimiento que realicen los órganos de la Administración en el ejercicio de sus competencias* (énfasis añadido).

Como reconoce la doctrina nacional, este inciso amplía la extensión del acto administrativo a prácticamente cualquier actuación formal de la Administración. En efecto, como señala el profesor Bermúdez, “cuesta imaginarse una actuación formal (no una material, por cierto) por parte de la Administración que no quede en alguna de las declaraciones a que se refiere la norma transcrita”¹⁶. Tal es el caso de los *informes*, que constituyen verdaderas declaraciones de juicio o dictamen en las que se emite una opinión o parecer acerca de alguna materia. O como se ha definido por la doctrina española, como “actuaciones dirigidas a suministrar elementos de juicio o ciencia para contribuir, junto al respeto de las actuaciones propias de la instrucción, a la mejor decisión por parte del órgano competente para resolver”¹⁷. Esa actuación, como se advierte, podría importar dos etapas. La primera, relativa a disponer de los datos y plasmarlos en un documento y, la segunda, a la interpretación de estos datos para arribar a una conclusión¹⁸.

Al analizar en abstracto la naturaleza jurídica del informe o Certificado de Idoneidad a que se refieren los artículos 20 y 23 de la Ley de Adopción, no cabe duda alguna de que la emisión del informe o certificado constituye un acto administrativo, sin perjuicio de que este haya sido emitido por una persona jurídica de derecho privado,

¹⁵ Cordero, Eduardo (2023). *Curso de Derecho Administrativo* (Santiago: Libromar), p. 521.

¹⁶ Bermúdez, Jorge (2011). *Derecho Administrativo General* (Santiago, Thomson Reuters), p. 125.

¹⁷ Parejo, Luciano (2012). *Lecciones de Derecho administrativo* (Valencia: Tirant lo Blanch), p. 372.

¹⁸ Cf. Beltrán, Pamela y Barcia, Javiera (2020). “Los informes en la Administración: una indefinición problemática”. *Revista Jurídica Digital UAndes* (4/1), p. 114.

como ha sido admitido por la doctrina¹⁹. En efecto, cumple con todos los requisitos para ser calificado como tal²⁰:

- (i) Se trata de una *decisión formal*, que debe constar por escrito (art. 5º, LBPA) y ser suscrita por la autoridad competente. En el caso del Certificado de Idoneidad, este debe someterse a las formalidades establecidas en la ley, así como aquellas contenidas en la Normativa Técnica del Subprograma de Evaluación de Solicitantes y su Preparación como Familia Adoptiva. En otras palabras, la dictación del Certificado de Idoneidad está precedida de un procedimiento administrativo reglado, cuya sucesión de actos, trámites y etapas (postulación, evaluación de idoneidad y preadoptiva de acompañamiento y preparación) supone la evaluación de los requisitos jurídicos y técnicos (estado civil, edad, idoneidad moral, física y mental, nivel educacional, de ingresos, vivienda y previsión), y criterios técnicos establecidos por la autoridad competente para la determinación final respecto de la idoneidad de la familia respectiva. Tal procedimiento culmina con el Certificado de Idoneidad, que habilita a los interesados como padres adoptivos y da lugar, posteriormente, al inicio del procedimiento que tenga por objeto declarar la adopción de un niño, niña o adolescente.
- (ii) Consiste en una *declaración de voluntad realizada en ejercicio de una potestad pública*. En el caso del Certificado de Idoneidad, este fue dictado en ejercicio de la potestad pública que le otorga el Servicio de Mejor Niñez a los colaboradores acreditados, la que consta en diversos artículos del entramado legal que regula a los colaboradores acreditados (art. 2º, N° 5 y 6, de la Ley N° 20.032; art. 1º, Ley N° 21.032; Reglamento de Ley de Adopción, Normativas Técnicas, etc.). Además, tal ejercicio de potestades públicas se desprende de la misma función que estos ejercen en cuanto colaboradores acreditados ante el Servicio de Mejor Niñez (art. 35, inciso final, de la Ley N° 21.302).
- (iii) Si bien el artículo 3º establece que los actos administrativos emanan de “los órganos de la Administración del Estado” –lo que, en principio, deja fuera a las entidades privadas–, tanto la doctrina como la jurisprudencia administrativa se han ido uniformando en el sentido de que las actuaciones de las entidades privadas con participación pública sí constituyen actos administrativos cuando

¹⁹ Reyes, Miguel Ángel (2015). *La prueba en los procedimientos administrativos: Aspectos generales, garantías de las personas, medios de prueba y expediente administrativo* (Santiago: Librotecnia), p. 130.

²⁰ Por cierto, el número y nombre de cada requisito varía de autor en autor, aunque el contenido se mantiene constante por la doctrina. La exposición más reciente es la de Cordero, Eduardo (2023): *Curso de Derecho Administrativo (op. cit.)*, pp. 522-524. Una enumeración similar de los requisitos o elementos de la definición legal de acto administrativo en Chile puede encontrarse también en Cordero, Luis (2015): *Lecciones de Derecho Administrativo* (Santiago: Thomson Reuters), pp. 243-246; Bermúdez, Jorge (2011): *Derecho Administrativo General (op. cit.)*, pp. 122-125.

¿Es posible revocar el certificado de idoneidad otorgado a los adoptantes por organismos acreditados ante el Servicio de Mejor Niñez? / JAVIER HERRERA VALVERDE, JOAQUÍN REYES BARROS

(i) la ley les asigna funciones y potestades públicas, y (ii) reciben financiamiento estatal. Así lo ha señalado expresamente la Contraloría²¹. Así también lo entiende la doctrina²². Como bien resume Iván ARÓSTICA: “Emisor del acto administrativo podrá *ser cualquier sujeto que ejercite poderes públicos administrativos, aun cuando no forme parte integrante de los cuadros orgánicos de la Administración Pública*. Incluso un simple particular podrá ser autor de un acto administrativo, en la medida que detente el carácter de concesionario de un servicio público (aunque este actúa por la Administración, no cambia su condición de persona privada)”²³. En el caso del Certificado de Idoneidad, ambos requisitos se cumplen: como se dijo, los organismos acreditados ante el Servicio de Mejor Niñez ejercen funciones y potestades públicas, y reciben financiamiento estatal.

Como se puede apreciar en lo anteriormente dicho, no cabe duda de que, en el caso de un informe o Certificado de Idoneidad emitido por un organismo acreditado ante el Servicio de Mejor Niñez, estamos en presencia de un acto administrativo.

C. El Certificado de Idoneidad es un acto administrativo de contenido favorable para su destinatario

Una de las notas características que definen los actos administrativos es el carácter regulador de su contenido. Esto quiere decir, como lo ha entendido la doctrina, que los actos administrativos deben dirigirse, precisamente, “a la producción o al establecimiento de una consecuencia jurídica, consecuencia que consistirá en la creación, la modificación o la extinción de un derecho o un deber, o en su declaración vinculante, o, también, en cuanto se reconoce la existencia de actos administrativos reales, a la determinación de la condición jurídica de una cosa”²⁴.

Su naturaleza reguladora se manifiesta en su capacidad de producir efectos jurídicos que pueden ser constitutivos, es decir, que originan o modifican derechos y obligaciones, o declarativos, que reconocen o certifican situaciones preexistentes. Sin embargo, no todas las acciones realizadas por la administración tienen automáticamente esta cualidad.

En efecto, actividades como la emisión de certificados, informes o constancias suelen ser vistas como simples actos de conocimiento o de constatación de hechos.

²¹ Véase dictámenes de Contraloría N°s E33624, de 2020 (Conaf), y E160316, de 2021 (corporaciones municipales).

²² Cordero, Eduardo (2023). Curso de Derecho Administrativo (*op. cit.*), pp. 523, 530.

²³ Aróstica, Iván (2013). “La actividad jurídica de la Administración del Estado”. *Revista de Actualidad Jurídica* (28), p. 276 (énfasis añadido).

²⁴ Bocanegra, Raúl (2012). *Lecciones sobre el acto administrativo* (Cizur Menor: Thomson Reuters), p. 37.

Por tanto, no siempre se consideran actos administrativos en el sentido más estricto. Estas actividades, como es posible advertir, se limitan a registrar, confirmar o evidenciar la existencia de un hecho o de un derecho, sin que impliquen la creación o alteración de situaciones jurídicas.

Sin embargo, en determinadas circunstancias, estos actos de certificación o constatación pueden adquirir una relevancia jurídica significativa, sobre todo si están precedidos del cumplimiento de ciertas etapas en el contexto de un procedimiento reglado, la aportación de antecedentes y la valoración que de ellos pueda hacer el órgano competente. En tales casos, es evidente su carácter regulador.

Este es, precisamente, el caso del Certificado de Idoneidad. Lo anterior, toda vez que constituye un presupuesto para el reconocimiento de la calidad de padres adoptantes de los solicitantes, y los habilita para solicitar judicialmente la adopción de un menor, niño, niña o adolescente que previamente ha sido declarado susceptible de ser adoptado.

Como se deduce de lo anterior, tal carácter regulador de su contenido admite también una distinción respecto de los efectos positivos o negativos en la esfera jurídica del ciudadano. Especialmente relevante para nuestros propósitos resulta la distinción entre actos administrativos *de efecto o contenido favorable* y aquellos *de efecto o contenido desfavorable*.

Los actos favorables, como su mismo nombre lo indica, son “aquellos que implican un beneficio o mejora en la esfera jurídica del destinatario del acto”²⁵. También han sido definidos como actos que “amplían la esfera o el patrimonio jurídico del destinatario, es decir, que crean o reconocen un derecho o una ventaja jurídica (como el otorgamiento de una concesión para el aprovechamiento de recursos minerales)”²⁶.

Por su parte, los actos desfavorables son aquellos que imponen “un deber, un gravamen, una limitación o desventaja; o extinguiendo o suprimiendo un derecho, facultad o beneficio con que ya se contaba; así, por ejemplo, la revocación de una concesión o autorización, la expropiación de un bien, la imposición de una multa, etc.”²⁷.

En el presente caso, el Certificado de Idoneidad es un acto administrativo mediante el cual la entidad competente, basada en las evaluaciones sociales y psicológicas realizadas a los interesados en adoptar, certifica su idoneidad para asumir la paternidad o maternidad adoptiva de un menor, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 20, inciso 1, de la Ley de Adopción. Este Certificado de Idoneidad constituye un requisito esencial que se debe acompañar a la solicitud de adopción, en conformidad con lo dispuesto en los artículos 13, 20 y 23 de la Ley de Adopción.

²⁵ Cordero, Eduardo (2023). Curso de Derecho Administrativo (*op. cit.*), p. 525.

²⁶ Bocanegra, Raúl (2012). Lecciones sobre el acto administrativo (*op. cit.*), p. 51.

²⁷ Parejo, Luciano (2012). *Lecciones de Derecho Administrativo* (Valencia: Tirant lo Blanch), p. 418.

¿Es posible revocar el certificado de idoneidad otorgado a los adoptantes por organismos acreditados ante el Servicio de Mejor Niñez? / JAVIER HERRERA VALVERDE, JOAQUÍN REYES BARROS

En atención a dicha declaración, se concluye que el Certificado de Idoneidad constituye un acto administrativo favorable para los interesados. Este documento permite solicitar al juez de Familia competente tener por interpuesta la solicitud de adopción del menor, acogerla a tramitación y una vez comprobadas las ventajas que la adopción le reporta al menor, dictar sentencia definitiva, otorgando al adoptado la calidad de hija o hijo de las o los adoptantes. Asimismo, se ordena realizar las inscripciones, cancelaciones y demás diligencias previstas en el artículo 26 de la Ley de Adopción.

2. EL CERTIFICADO DE IDONEIDAD NO ES SUSCEPTIBLE DE REVOCACIÓN ATENDIDO QUE SE TRATA DE UN ACTO ADMINISTRATIVO DE CONTENIDO FAVORABLE. ÚNICAMENTE PROCEDE A SU RESPECTO, DE FORMA EXCEPCIONAL, EL EJERCICIO DE LA POTESTAD INVALIDATORIA, POR RAZONES DE ILEGALIDAD

Tal como explicamos en el acápite anterior, el Certificado de Idoneidad corresponde a un acto administrativo de contenido favorable, pues otorga una situación de ventaja al destinatario del acto administrativo, los futuros padres adoptantes, permitiéndole solicitar al juez de Familia respectivo la adopción de un menor que previamente ha sido declarado susceptible de ser adoptado, de acuerdo con lo establecido por los artículos 8° letra a) y 9 de la Ley de Adopción.

Una consecuencia importante de lo anterior es que, por regla general, cualquier acto revocatorio del Certificado de Idoneidad emanado del organismo que lo dictó será ilegal. La razón es que dicha revocación importaría el ejercicio de la potestad respecto de actos administrativos de contenido favorable y adquiridos legítimamente, cuestión que nuestro ordenamiento jurídico prohíbe (art. 61, letra a) LBPA). En segundo lugar, es necesario tener presente que, incluso en los casos donde sería procedente la revocación, esta debe respetar el principio de motivación, que informa toda actuación administrativa, y más aún en aquellos casos que limiten derechos subjetivos o intereses legítimos²⁸.

En lo que sigue analizaremos con más detalle estas cuestiones.

²⁸ Sánchez Morón, Miguel (2012). *Derecho Administrativo. Parte General (op. cit.)*, p. 544.

A. Por regla general, el ejercicio de la potestad revocatoria por parte de los organismos acreditados ante el Servicio de Mejor Niñez infringe los límites dispuestos por la ley, al no ser procedente respecto de actos de contenido favorable

La jurisprudencia de la Corte Suprema respecto de esta materia ha reiterado y es invariable, en cuanto a señalar que el ejercicio de la potestad de revisión del artículo 61 de la LBPA –la denominada “revocación”²⁹– posee limitaciones, entre las que destaca la imposibilidad de ejercerla cuando se trata de actos de contenido favorable, los que no pueden ser dejados sin efecto por la autoridad administrativa por razones de oportunidad o conveniencia, sino solo por razones de legalidad.

En este sentido, es menester referirse a la expresión “derechos adquiridos legítimamente” mencionada en el artículo 61, letra a), de la LBPA. Aunque esta expresión podría parecer más restringida que la de acto administrativo de contenido favorable (debido a que, teóricamente, podría haber actos administrativos favorables que generen una “expectativa favorable” sin constituir un derecho adquirido), lo cierto es que tanto la doctrina como la jurisprudencia coinciden en que, para efectos de restringir la facultad revocatoria de la Administración, dicha expresión debe ser entendida de manera amplia, abarcando cualquier acto administrativo que, en términos generales, se considere como de contenido favorable.

En efecto, la expresión “derechos adquiridos” es una expresión de uso frecuente en el derecho nacional, pero de poca densidad normativa, de contenido difuso y de difícil comprobación jurisprudencial³⁰. Por lo mismo y atendida la importancia de limitar la facultad revocatoria de la Administración, ha de entenderse la expresión “derecho adquirido” en el sentido de *situación jurídica favorable*, y que cuando dicha situación jurídica favorable ha sido consecuencia de un acto de la administración, se entiende que ha sido incorporada al patrimonio del favorecido –y, por consiguiente,

²⁹ Artículo 61. Procedencia. Los actos administrativos podrán ser revocados por el órgano que los hubiere dictado.

La revocación no procederá en los siguientes casos:

- a) Cuando se trate de actos declarativos o creadores de derechos adquiridos legítimamente;
- b) Cuando la ley haya determinado expresamente otra forma de extinción de los actos, o
- c) Cuando, por su naturaleza, la regulación legal del acto impida que sean dejados sin efecto. [El destacado es nuestro].

³⁰ En este mismo sentido, véase Flores Rivas, Juan Carlos (2016). “La potestad revocatoria de los actos administrativos”. *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, 24 (1), pp. 191-222 y 211-212: “Los derechos adquiridos es un término de uso frecuente –y a veces abusivo–, pero que carece de densidad normativa, explicación dogmática y, sobre todo, de comprobación jurisprudencial para entender cuando existe un derecho adquirido digno de amparo ante la potestad de retiro revocatorio”.

¿Es posible revocar el certificado de idoneidad otorgado a los adoptantes por organismos acreditados ante el Servicio de Mejor Niñez? / JAVIER HERRERA VALVERDE, JOAQUÍN REYES BARROS

como un “derecho adquirido”– desde el momento que cumplió con los requisitos que lo habilitan para percibir dicho beneficio. Así lo ha entendido la doctrina³¹.

Así también lo ha entendido la jurisprudencia de la Corte Suprema y de la Contraloría General. En este sentido, la Corte Suprema ha entendido que existen derechos adquiridos cuando un sostenedor educacional cumple con los requisitos para obtener subvención estatal, aun cuando los fondos se encuentren todavía en las arcas fiscales³². Por su parte, la Contraloría General ha entendido que un titular de un permiso de edificación tiene derechos adquiridos aun antes de la emisión del permiso, por el solo hecho de cumplir con los requisitos establecidos por la ley³³.

No resulta difícil aplicar el mismo razonamiento al Certificado de Idoneidad y el cumplimiento de los requisitos para la adopción que establece la Ley N° 19.620, y concluir que el Certificado de Idoneidad es un acto declarativo o que crea un derecho adquirido legítimamente, y por tanto, la facultad de revocación se encuentra restringida únicamente a casos donde se hubiese adquirido mediante fraude u otros medios ilícitos (es decir, “ilegítimamente”).

Para explicar este criterio, la Corte ha indicado que:

el ejercicio de la potestad de invalidación se relaciona con la revisión del acto administrativo, con miras no a su preservación, sino a la pérdida de eficacia del acto o de sus efectos por concurrir un vicio de ilegalidad, cuyo retiro, entonces, por parte de la Administración se justifica en la necesidad de resguardar el debido respeto y acatamiento del Derecho. De ahí que los artículos 53 y 61 de la Ley N° 19.880 se inserten en el Capítulo IV, “Revisión de los actos administrativos”³⁴.

A continuación, la Corte distingue, por una parte, entre las potestades de conservación y de revisión y, respecto de estas últimas, se refiere a las diferencias entre la invalidación y revisión de oficio. La Corte señala que en virtud de la potestad de invalidación:

la Administración, de oficio o a petición de parte, puede y debe retirar los actos administrativos irregulares –contrarios a derecho–, pero con dos importantes limitaciones: a) Debe hacerse previa audiencia del interesado, es decir, es menester oír a quienes puedan verse afectados con la invalidación del acto; y b) No puede

³¹ Flores Rivas, Juan Carlos (2016), pp. 212 y ss.; Soto Kloss, Eduardo (1984). “Los derechos adquiridos en el Derecho Público Chileno (Réquiem para una ineptia doctrinaria)”. *Revista de Derecho y Jurisprudencia* (81), pp. 13-33.

³² Corte Suprema, 14 de mayo de 2008, Rol 7055-2007, “Consejo de Defensa del Estado con Lucero Gómez, Marcela y otra”; Corte Suprema, 14 de abril de 2008, Rol 6926-2007, “Consejo de Defensa del Estado con Catalán Gutiérrez, Jeanette y otra”.

³³ Dictamen N° 77.490 de 2011.

³⁴ Corte Suprema, 22 de enero de 2019, Rol 20.657-2018, “Muñoz/SERVIU Región de Valparaíso”.

ejercerse la potestad invalidatoria si han transcurrido más de dos años desde la fecha de notificación o publicación del acto que se trata de invalidar³⁵.

Y prosigue:

la facultad de revisión de oficio contenida en el artículo 61 de la Ley N° 19.880 se distingue de la potestad de invalidación en que, siendo ambas causales de retiro de actos administrativos y de extinción –total o parcial– de sus efectos jurídicos, *la revisión de oficio supone la facultad de la Administración de volver sobre sus propios actos, a fin de verificar la oportunidad y conformidad de ellos con el ordenamiento jurídico, así como su conveniencia en términos de interés general*. Sin embargo, su ejercicio por parte de la Administración posee limitaciones, entre las que destaca la *imposibilidad de ejercer la facultad revocatoria cuando se trata de “actos de contenido favorable, los que no pueden ser dejados sin efecto por la autoridad administrativa por razones de oportunidad o conveniencia –revocación– y que solo pueden serlo por razones de ilegalidad –invalidación–* (Corte Suprema, Rol N° 4800-2007)” (énfasis añadido)³⁶.

Como queda claro de lo anterior, para la Corte Suprema el ejercicio por parte de la Administración de la revisión de oficio está limitado, cuando se trata de actos de contenido favorable. Tal como indicamos anteriormente, por actos administrativos de contenido favorable nos referimos a aquellos que amplían la esfera o el patrimonio jurídico del destinatario, como ocurre con la expedición de permiso, el otorgamiento de una concesión o la certificación de la idoneidad de los futuros padres adoptantes en el contexto del procedimiento general de adopción.

Respecto de estos actos administrativos, la autoridad administrativa no puede dejarlos sin efecto por razones de oportunidad o conveniencia –revocación–, sino únicamente por razones de ilegalidad –invalidación–. Se trata de un criterio jurisprudencial de la Excm. Corte Suprema, reiterado e invariable³⁷.

B. La necesidad de motivación del acto revocatorio

El deber de fundamentación es una exigencia de todo acto administrativo, más aún cuando se trata de actos administrativos de contenido desfavorable. Como es sabido, el artículo 41 de la LBPA establece que *las resoluciones contendrán la decisión, que será fundada* [énfasis agregado].

³⁵ Corte Suprema, 22 de enero de 2019, Rol 20.657-2018, “Muñoz/SERVIU Región de Valparaíso”.

³⁶ Corte Suprema, 22 de enero de 2019, Rol 20.657-2018, “Muñoz/SERVIU Región de Valparaíso”.

³⁷ Cf. las sentencias recaídas en los roles números 4800-2007, 20.657-2018, 39.182-2019, 43.799-2020, 78.938-2021.

¿Es posible revocar el certificado de idoneidad otorgado a los adoptantes por organismos acreditados ante el Servicio de Mejor Niñez? / JAVIER HERRERA VALVERDE, JOAQUÍN REYES BARROS

La motivación es la exteriorización o expresión de los motivos o razones que han llevado al autor del acto a adoptarlo³⁸. Motivar es fundar la decisión; expresar sus fundamentos. La motivación constituye una formalidad, hoy considerada esencial del acto administrativo, que puede ser explicitada o no³⁹.

Acerca de lo expuesto, es importante distinguir entre los motivos y la motivación⁴⁰. Los motivos siempre están presentes, ya que ellos representan la causa del acto administrativo, es decir, el conjunto de hechos que justifican la decisión adoptada. La exigencia de esta causa es que sea legal y no arbitraria, pues en Chile está proscrita cualquier decisión que sea arbitraria, conforme con el artículo 19 N° 2 de la Constitución Política. Luego, la motivación es algo distinto, pues consiste en la expresión de esos motivos o el fundamento de la decisión, lo que se refiere a un aspecto formal, que puede o no puede concurrir en el acto de exteriorización de la voluntad administrativa, y ello ocurrirá en la medida que el ordenamiento jurídico lo exija.

En la actuación, la motivación es un estándar jurídicamente exigible, a partir del artículo 41 de la LBPA⁴¹, por esta razón la falta de motivación puede ser considerada, por sí sola, como una decisión ilegal (por falta de motivación) o arbitraria.

En conclusión, la motivación es diferente a los motivos, y estos siempre concurren, en todos los actos, pues *constituyen su causa, su base fáctica*. Debido a que la ley exige que se exterioricen tales motivos en los actos administrativos decisorios o resolutorios (art. 41, LBPA), esto es, que en el acto se señale la motivación o la fundamentación (la ley exige que sea «fundado»), tal requisito es necesario cumplirlo *siempre*.

En el caso del Certificado de Idoneidad, cualquier decisión que implique su revocación debe incluir la motivación necesaria que todo acto administrativo debe contener, motivación que no es otra cosa que la expresión fundamentada de las razones de hecho y de derecho que determinaron la decisión y que constituye una exigencia constante de los actos administrativos⁴².

Así, por ejemplo, estaríamos en presencia de un acto administrativo inmotivado cuando, mediante un simple certificado, el organismo acreditado ante el Servicio de Mejor Niñez revoca la idoneidad previamente declarada de los padres adoptantes,

³⁸ Boquera, José María (1986). *Derecho Administrativo*, t. 1 (Madrid: Civitas), p. 218.

³⁹ Sánchez Morón, Miguel (2012). *Derecho Administrativo. Parte General (op. cit.)*, p. 544. Boquera, José María (1986). *Derecho Administrativo*, t. 1 (*op. cit.*), p. 218 y ss.; y Vergara, Alejandro (2002). “La motivación de los actos administrativos”, en: *La Contraloría General de la República y el Estado de Derecho. Conmemoración por su 75° aniversario de vida institucional* (Santiago, Contraloría General de la República), pp.343-351.

⁴⁰ Boquera, José María (1986). *Derecho Administrativo*, t. 1 (*op. cit.*), p. 218, dice: “los motivos son una cosa, y motivación otra”. Lo anterior, en los mismos términos aquí expuestos.

⁴¹ Art. 41, inc. 4°, LBPA: “Las resoluciones contendrán la decisión, que será fundada [...]”.

⁴² Escuin Palop, Vicente, y Belardo Garín, Beatriz (2011). *Los recursos administrativos* (Madrid: Civitas), p. 198.

reconduciendo a un acto distinto para conocer los fundamentos de la decisión, por ej., un informe de un especialista que acredite algún menoscabo físico, mental, psicológico o moral del menor susceptible de ser adoptado.

Si para conocer los motivos que tuvo a la vista la entidad colaboradora para revocar la decisión es necesario recurrir a un acto distinto –en otras palabras, si es necesario “completar” el acto revocatorio, porque el mismo no se basta a sí mismo–, dicho acto adolece de un vicio de falta de fundamentación. O, dicho de otro modo, el acto incurre en un vicio de autarquía o autosuficiencia⁴³, porque el mismo no contiene toda la motivación, más aún exigible en el caso de los actos gravosos o desfavorables como aquellos que revocan una decisión previa. Por ello, es importante que, si el organismo colaborador altera la situación jurídica anterior, sobre todo cuando está comprometida la idoneidad de los futuros padres adoptantes, justifique adecuadamente su decisión, invocando las razones de hecho y de derecho que determinaron su decisión.

Como señala García de Enterría, motivar o fundamentar una decisión implica:

reconducir la decisión que en el mismo se contiene a una regla de derecho que autoriza tal decisión o de cuya aplicación surge. Por ello, motivar un acto obliga a fijar, en primer término, los hechos de cuya consideración se parte y a incluir tales hechos en el supuesto de una norma jurídica; y, en segundo lugar, a razonar cómo tal norma jurídica impone la resolución que se adopta en la parte dispositiva del acto⁴⁴.

3. POSIBILIDAD DE UN CONTROL JUDICIAL DE LA DISCRECIONALIDAD TÉCNICA ADMINISTRATIVA

A. De la discrecionalidad en general como atributo de las potestades conferidas a la administración y de sus elementos constitutivos

En una primera aproximación, es necesario distinguir el ejercicio de las potestades discrecionales de aquellas regladas. En las primeras, el legislador le confiere a la Administración un espacio de autodeterminación, un margen o libertad de decisión para elegir entre varias alternativas o soluciones posibles. La adopción de los actos que se dicten en ejercicio de una potestad de esa naturaleza se basará, entonces, en criterios no predeterminados por la norma que concede el margen de decisión,

⁴³ Arancibia, Jaime (2014). “La autarquía de los actos administrativos en la jurisprudencia de la Contraloría General de la República”, en: E. Soto Kloss (Coord.), *Administración y Derecho. Homenaje a los 125 años de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile* (Santiago: Legal Publishing), pp. 21-33.

⁴⁴ García de Enterría, García, Eduardo (1989). *Curso de Derecho Administrativo*, t. 1 (Madrid: Civitas), p. 549.

¿Es posible revocar el certificado de idoneidad otorgado a los adoptantes por organismos acreditados ante el Servicio de Mejor Niñez? / JAVIER HERRERA VALVERDE, JOAQUÍN REYES BARROS

criterios que quedan a la libre consideración de la Administración⁴⁵. En las segundas, no se admite espacio para la apreciación discrecional⁴⁶, encontrándose detalladas las condiciones de su ejercicio por el legislador⁴⁷.

Adicionalmente, tratándose de una institución compleja⁴⁸, se puede recurrir a la distinción de Desdentado⁴⁹, entre discrecionalidad fuerte e instrumental. La discrecionalidad fuerte se presenta cuando “el sujeto dispone de un poder de decisión otorgado por el ordenamiento, conforme a criterios que no figuran en la norma, con un margen amplio, limitado al respeto a los estándares de racionalidad, justicia y eficacia”⁵⁰. Por su parte, la discrecionalidad instrumental se presenta “cuando el ordenamiento otorga a la Administración un margen de apreciación en atención a que el supuesto normativo no permite una aplicación mecánica, sino que se hace necesaria una operación de discernimiento, para fijar subcriterios que atiendan al criterio más amplio en base a argumentos de valoración”⁵¹.

La distinción entre los dos tipos de discrecionalidad se fundamenta en el grado de dificultad para resolver cada caso. Se trata, en el fondo, de la misma facultad discrecional, pero con un distinto nivel de dificultad, que se manifiesta tanto en el mayor esfuerzo justificatorio como en la más difícil y compleja posibilidad de control posterior⁵².

⁴⁵ Menéndez, Pablo (2005). “Discrecionalidad”, en: S. Muñoz Machado, *Diccionario de derecho administrativo* (Madrid: Iustel), p. 969. En Chile, el tratamiento de la discrecionalidad ha sido efectuado, entre otros, por: Bermúdez, Jorge (2010): “El control de la discrecionalidad administrativa”. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* (17), p. 280. Pierry, Pedro (1984): “El control de la discrecionalidad administrativa”. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* (8), pp. 161-183. Saavedra, Rubén (2011). *Discrecionalidad Administrativa, doctrina y jurisprudencia* (Santiago, Abeledo Perrot), 241 pp.

⁴⁶ Bermúdez, Jorge (2014). *Fundamentos de derecho ambiental* (Valparaíso: Ediciones Universitarias de Valparaíso), p. 311.

⁴⁷ Cárcamo, Alejandro (2013). “La potestad invalidatoria de la administración del Estado a diez años de la entrada en vigencia de la Ley N° 19.880. Una revisión de sus principales aspectos”, en: <https://www.diarioconstitucional.cl/articulos/la-potestad-invalidatoria-de-la-administracion-del-estado-a-diez-anos-de-la-entrada-en-vigencia-de-la-ley-n-19880-una-revision-de-sus-principales-aspectos/> [Fecha de acceso: 20-08-2024.]

⁴⁸ Arriagada, Felipe (2022). “Discrecionalidad y ponderación en la creación y uso de parámetros de adjudicación en el proceso licitatorio”. *Revista de Derecho* (Coquimbo), (29), 17 pp.

⁴⁹ Desdentado, Eva (1999). *Discrecionalidad administrativa y planteamiento urbanístico. Construcción teórica y análisis jurisprudencial* (Cizur Menor: Aranzadi), p. 23.

⁵⁰ Arriagada, Felipe (2022). “Discrecionalidad y ponderación en la creación y uso de parámetros de adjudicación en el proceso licitatorio” (*op. cit.*), p. 7.

⁵¹ Arriagada, Felipe (2022). “Discrecionalidad y ponderación en la creación y uso de parámetros de adjudicación en el proceso licitatorio” (*op. cit.*), p. 7.

⁵² Mesquida, Joan (2003). “El concepto de discrecionalidad y su control”. *Anales de la cátedra de Francisco Suárez* (37), p. 344.

Los elementos que conforman una potestad discrecional son los siguientes: en primer lugar, supone la toma de decisiones dentro un margen de elección dejado por el ordenamiento; en segundo lugar, la elección debe estar fundada en elementos valorativos, los que pueden ser discutidos por un sujeto racional, y finalmente, el tercer elemento es que los fundamentos de la decisión son criterios valorativos extrajurídicos⁵³.

En el caso del otorgamiento del Certificado de Idoneidad, estamos en presencia del ejercicio de una potestad discrecional instrumental. Esto es así por varias razones. En primer lugar, es efectivo que la toma de decisión de la entidad colaboradora respecto de la idoneidad, se adopta en el contexto de un procedimiento administrativo en el que existe un margen de elección otorgado por el ordenamiento jurídico. Así, el artículo 7 de la Ley de Adopción señala: “El programa de adopción es el conjunto de actividades tendientes a procurar al menor una familia responsable. *Estas actividades las realizarán el Servicio Nacional de Menores y los organismos acreditados ante este, a través de profesionales expertos y habilitados en esta área.* Comprende principalmente el apoyo y la orientación a la familia de origen del menor, la recepción y el cuidado de este, *la evaluación técnica de los solicitantes y la preparación de estos como familia adoptiva, a cuyo efecto les corresponderá acreditar la idoneidad requerida en el artículo 20 de esta ley*” [el destacado es nuestro].

Por su parte, el artículo 20 de la Ley de Adopción señala que: “[p]odrá otorgarse la adopción a los cónyuges chilenos o extranjeros, con residencia permanente en el país, que tengan dos o más años de matrimonio, *que hayan sido evaluados como física, mental, psicológica y moralmente idóneos por alguna de las instituciones a que se refiere el artículo 6° [...]*” [El destacado es nuestro].

Como se puede notar, aparece de manifiesto este margen de elección –la idoneidad o no de los futuros padres adoptantes–, en el que el legislador faculta a la administración a completar el supuesto legal con elementos fácticos.

En segundo lugar, la persona encargada de tomar la decisión discrecional debe llevar a cabo un proceso de establecimiento de criterios, respaldado por el marco normativo, pero involucrando elementos que no están claramente definidos por este. Por tanto, se requiere considerar criterios de valoración extrajurídicos, como la oportunidad y conveniencia, cuya justificación va más allá de lo permitido por el sistema normativo. A este respecto, el Servicio de Mejor Niñez ha dispuesto la elaboración de una normativa técnica que regule en forma integral el proceso de evaluación técnica de los solicitantes y su preparación como familia adoptiva, realizado tanto por las Unidades de Adopción del referido servicio como por los organismos acreditados ante este, a partir de la Ley de Adopción y su reglamento, quedando obligados a su cumplimiento.

⁵³ Desdentado, Eva (1999). Discrecionalidad administrativa y planteamiento urbanístico. Construcción teórica y análisis jurisprudencial (*op. cit.*), p. 70.

¿Es posible revocar el certificado de idoneidad otorgado a los adoptantes por organismos acreditados ante el Servicio de Mejor Niñez? / JAVIER HERRERA VALVERDE, JOAQUÍN REYES BARROS

Finalmente, estos criterios de valoración extrajurídicos que completan la decisión discrecional, se refieren a los diversos aspectos físicos, mentales, psicológicos y morales de los futuros padres adoptantes, contenidos en los estudios sociales y psicológicos correspondientes, cuyos informes fueron acompañados al Certificado respectivo.

Ahora bien, no solo la expedición del correspondiente Certificado de Idoneidad como parte del procedimiento general de adopción constituye el ejercicio de una facultad discrecional por parte del organismo colaborador acreditado ante el Servicio de Mejor Niñez, sino que también lo es, en lo que importa, el Certificado de Revocación. Lo anterior, por las mismas razones anotadas a propósito del Certificado de Idoneidad.

B. La actividad discrecional de las entidades colaboradoras acreditadas sí es susceptible de control jurisdiccional

Uno de los temas más discutidos del último tiempo está determinado por el control de la discrecionalidad (técnica) de los órganos administrativos⁵⁴. Las posiciones a este respecto transitan entre la existencia de un control jurisdiccional pleno y, por tanto, que no existirían materias al margen de la revisión judicial, y, asimismo, la existencia de una regla de deferencia ante las decisiones adoptadas por órganos administrativos especializados y reconocido conocimiento técnico, siempre que estas aparezcan como razonables.

Al respecto, es importante señalar que es efectivo que la declaración de idoneidad es parte de la actividad discrecional del organismo colaborador acreditado por el Servicio de Mejor Niñez. No obstante, la invocación de la discrecionalidad técnica, como lo ha entendido la doctrina más autorizada respecto del tema⁵⁵, no debe ser utilizada para pretender excluir *a limine* todo posible control jurisdiccional de las decisiones a las que se aplica, con la consiguiente indefensión de los destinatarios de las mismas.

En efecto, al juez de letras con competencia en materias de familia del domicilio del menor, le han sido atribuidas diversas atribuciones para controlar la actividad discrecional de las entidades colaboradoras. Así, el artículo 20 señala expresamente que: “*podrá* otorgarse la adopción a los cónyuges chilenos o extranjeros, con residencia permanente en el país, que tengan dos o más años de matrimonio, que hayan sido evaluados como física, mental, psicológica y moralmente idóneos por alguna de las instituciones a que se refiere el artículo 6°”. En este caso, si la evaluación efectuada por las instituciones del artículo 6° adoleció de un vicio de falta de fundamentación y la idoneidad no es tal, probablemente el juez no concederá la adopción.

⁵⁴ Cf. Cordero, Eduardo (2013). “Sanciones administrativas y mercados regulados”. *Revista de Derecho* (Valdivia), (26), pp. 119-144.

⁵⁵ Fernández, Tomás-Ramón (2015). “La discrecionalidad técnica: un viejo fantasma que se desvanece”. *Revista de Administración Pública* (196), pp. 211-227.

Luego, en el artículo 23 se dispone que: “[...] A la solicitud deberán acompañarse los siguientes antecedentes: [...] 3. Informe de evaluación de idoneidad física, mental, psicológica y moral del o los solicitantes, emitido por alguna de las instituciones aludidas en el artículo 6°”. Y a continuación, el artículo 24 indica que: “Recibida por el tribunal la solicitud de adopción, la acogerá a tramitación una vez verificado el cumplimiento de los requisitos legales. En la misma resolución ordenará agregar los antecedentes del proceso previo de susceptibilidad para la adopción y citará a los solicitantes, *con sus antecedentes de idoneidad y medios de prueba, a la audiencia preparatoria, que se llevará a cabo entre los cinco y los diez días siguientes. [...] / Si en base a los antecedentes expuestos se acreditan las ventajas y beneficios que la adopción le reporta al menor*, podrá resolver en la misma audiencia” (énfasis añadido).

Como se aprecia en el último artículo transcrito, si a base de los antecedentes expuestos se acreditan las ventajas y beneficios, se podrá otorgar la adopción. Luego, es razonable entender que el juez puede conocer, a partir de la idoneidad declarada, si se reportan o no ventajas y beneficios para el menor adoptado.

En conclusión, más aun tratándose de un acto desfavorable que infringió la ley en su dictación, el control jurisdiccional de la decisión es plausible y así, por lo demás, suelen hacerlo los tribunales de familia, que tienen potestades para ponderar la prueba rendida y considerar, por ejemplo, que las conclusiones del certificado de revocación se encuentran desvirtuadas, a la luz de la prueba pericial, las declaraciones de testigos y, en general, por la prueba rendida durante el transcurso del juicio.

4. CONCLUSIONES

Así como pudimos comprobar, el Certificado de Idoneidad es un *acto administrativo de contenido favorable para su destinatario*, y los organismos acreditados ante el Servicio de Mejor Niñez, sin perjuicio de ser entidades privadas, al otorgar dicho certificado ejercen una función pública y, por tanto, actúan como un órgano administrativo.

Además, siendo el Certificado de Idoneidad un acto administrativo de contenido favorable, su revisión únicamente procede de manera excepcional, en casos cuando los derechos de los administrados hayan sido adquiridos de manera ilegítima, es decir, por medio de fraude o medios ilícitos, mediante un procedimiento de invalidación. Aun en estos casos, el procedimiento de invalidación debe garantizar un procedimiento racional y justo, cumpliendo siempre el principio de motivación.

Finalmente, sostuvimos que la actividad discrecional de los organismos acreditados ante el Servicio de Mejor Niñez, ya sea respecto del Certificado de Idoneidad o de Revocación, sí es susceptible de control judicial. Este control se efectúa respecto del ejercicio de la discrecionalidad instrumental de la decisión.

REFERENCIAS

- AMADOR, JUAN CARLOS (2020). “Las voces infantiles llegan a ser tan potentes que es imposible no escucharlas: entrevista a Susana Sosenski”. *Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud*, 18(2), pp. 1-10. Disponible en <https://doi.org/10.11600/1692715x.18112> [Fecha de consulta: 10-08-2024].
- ARANCIBIA, JAIME (2014). “La autarquía de los actos administrativos en la jurisprudencia de la Contraloría General de la República”. En: E. Soto Kloss (Coord.). *Administración y Derecho. Homenaje a los 125 años de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile* (Santiago: Legal Publishing), pp. 21-33.
- ARRIAGADA, FELIPE (2022). “Discrecionalidad y ponderación en la creación y uso de parámetros de adjudicación en el proceso licitatorio”. *Revista de Derecho* (Coquimbo) (29), 17 pp.
- ARÓSTICA, IVÁN (2013). “La actividad jurídica de la Administración del Estado”. *Revista de Actualidad Jurídica* (28), pp. 261-277.
- BELTRÁN, PAMELA y BARCIA, JAVIERA (2020). “Los informes en la Administración: una indefinición problemática”. *Revista Jurídica Digital UANDES* (4/1), pp. 112-130.
- BERMÚDEZ, JORGE (1996). “El control de la discrecionalidad administrativa”. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* (17), pp. 275-284.
- BERMÚDEZ, JORGE (2011). *Derecho Administrativo General* (Santiago: Thomson Reuters).
- BERMÚDEZ, JORGE (2014). *Fundamentos de derecho ambiental* (Valparaíso: Ediciones Universitarias de Valparaíso).
- BOCANEGRA, RAÚL (2012). *Lecciones sobre el acto administrativo* (Cizur Menor: Thomson Reuters).
- BOQUERA, JOSÉ MARÍA (1986). *Derecho Administrativo*, t. 1 (Madrid: Civitas).
- CÁRCAMO, ALEJANDRO (2013). “La potestad invalidatoria de la administración del Estado a diez años de la entrada en vigencia de la Ley N° 19.880. Una revisión de sus principales aspectos”. En: <https://www.diarioconstitucional.cl/articulos/la-potestad-invalidatoria-de-la-administracion-del-estado-a-diez-anos-de-la-entrada-en-vigencia-de-la-ley-n-19880-una-revision-de-sus-principales-aspectos/> [Fecha de acceso: 20-08-2024].
- CORDERO, EDUARDO (2013). “Sanciones administrativas y mercados regulados”. *Revista de Derecho* (Valdivia), (26), pp. 119-144.
- CORDERO, EDUARDO (2023). *Curso de Derecho Administrativo* (Santiago: Libromar).
- CORDERO, LUIS (2015). *Lecciones de Derecho Administrativo* (Santiago: Thomson Reuters).
- CONTRERAS, LORENA; PAULSEN, CATALINA y GÓMEZ, ESTEBAN (2018). “Graves vulneraciones de derechos en la infancia y adolescencia: variables de funcionamiento familiar”. *Universitas Psychologica*, 17(3), pp. 1-13 Disponible en: <https://>

- revistas.javeriana.edu.co/index.php/revPsycho/article/view/13165 [Fecha de acceso: 10-08-2024].
- DESDENTADO, EVA (1999). *Discrecionalidad administrativa y planteamiento urbanístico. Construcción teórica y análisis jurisprudencial* (Cizur Menor: Aranzadi).
- ESCUÍN PALOP, VICENTE, Y BELANDO GARÍN, BEATRIZ (2011). *Los recursos administrativos* (Madrid: Civitas).
- FERNÁNDEZ, TOMÁS-RAMÓN (2015). “La discrecionalidad técnica: un viejo fantasma que se desvanece”. *Revista de Administración Pública* (196), pp. 211-227.
- FLORES RIVAS, JUAN CARLOS (2016). “La potestad revocatoria de los actos administrativos”. *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, 24 (1), pp. 191-222.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO (1989). *Curso de Derecho Administrativo*, t. 1 (Madrid: Civitas).
- HERRERA, CONSTANZA y ARAVENA, ANDREA (2015). “Imaginario social de la infancia en la política social chilena (2001-2012)”. *Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud*, 13(1), pp. 72-84.
- JARA CRISTI, MANUEL (1948). *Manual de Derecho Administrativo* (Santiago: Editorial Jurídica de Chile).
- LAGOS, GISELLE y PÉREZ-LUCO RICARDO (2021). “Cumplimiento de derechos infantiles en Chile: evaluación de profesionales de programas públicos”. *Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud*, 19(1), pp. 1-19. Disponible en: <https://dx.doi.org/10.11600/rlcsnj.19.1.4224> [Fecha de acceso: 10-08-2024].
- LOBOS, GABRIELA; BURGOS, CARLOS; ULLOA, CYNTHIA (2023). “Percepción de los profesionales interventores de organismos colaboradores del Servicio Mejor Niñez sobre la vulneración de los derechos de niños, niñas y adolescentes en comuna centro-sur de Chile: una mirada desde el contexto de pandemia”. *Revista Costarricense de Psicología*, ISSN 0257-1439, ISSN-e 1659-2913, vol. 42, Nº 1, 2023 (Ejemplar dedicado a: *Psychology and Social Cognition: Latin American contributions of applied research in the framework of social cognition*), pp. 81-96.
- MENÉNDEZ, PABLO (2005). “Discrecionalidad”. En: S. Muñoz Machado, *Diccionario de derecho administrativo* (Madrid: Iustel), pp. 969-980.
- MESQUIDA, JOAN (2003). “El concepto de discrecionalidad y su control”. *Anales de la cátedra de Francisco Suárez* (37), pp. 337-358.
- PAREJO, LUCIANO (2012). *Lecciones de Derecho Administrativo* (Valencia: Tirant lo Blanch).
- PIERRY, PEDRO (1984). “El control de la discrecionalidad administrativa”. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* (8), pp. 161-183.
- REYES, MIGUEL ÁNGEL (2015). *La prueba en los procedimientos administrativos: aspectos generales, garantías de las personas, medios de prueba y expediente administrativo* (Santiago: Librotecnia).
- SAAVEDRA, RUBÉN (2011). *Discrecionalidad Administrativa, doctrina y jurisprudencia* (Santiago: Abeledo Perrot).

¿Es posible revocar el certificado de idoneidad otorgado a los adoptantes por organismos acreditados ante el Servicio de Mejor Niñez? / JAVIER HERRERA VALVERDE, JOAQUÍN REYES BARROS

SÁNCHEZ MORÓN, MIGUEL (2012). *Derecho Administrativo. Parte General* (Madrid: Tecnos).

SOTO KLOSS, EDUARDO (1984). “Los derechos adquiridos en el Derecho Público Chileno (Réquiem para una inepticia doctrinaria)”. *Revista de Derecho y Jurisprudencia* (81), pp. 13-33.

VARAS, GUILLERMO (1940). *Derecho Administrativo* (Santiago: Nascimento).

Documentos

DEFENSORÍA DE LA NIÑEZ (2022). Boletín N° 2: “Enfoque de derechos en el reconocimiento de la niñez y la adolescencia en la nueva Constitución: principios generales”, 83 pp. Disponible: <https://www.defensorianinez.cl/wp-content/uploads/2022/01/Boletin-N%C2%B02-ENFOQUE-DE-DERECHOS-EN-EL-RECONOCIMIENTO-DE-LA-NIN%CC%83EZ-Y-ADOLESCENCIA-EN-LA-NUEVA-CONSTITUCIO%CC%81N.-LOS-PRINCIPIOS-GENERALES.pdf> [Fecha de acceso: 12 de agosto de 2024].

SUBSECRETARÍA DE LA NIÑEZ (2024). “Resumen ejecutivo: Política Nacional de la Niñez y Adolescencia y su Plan de Acción (2024-2032)”. Disponible en: https://chilecrecemas.cl/storage/documentos/Resumen_ejecutivo.pdf [Fecha de acceso: 13 de agosto de 2024].

UNICEF (2022). “Resumen ejecutivo: Análisis de la situación de la niñez y adolescencia en Chile. Sitan 2022”. Disponible en: <https://www.unicef.org/chile/media/8091/file/sitan%20resumen.pdf> [Fecha de acceso: 12 de agosto de 2024].

Jurisprudencia citada

Corte Suprema:

1. Corte Suprema, 29 de octubre de 2007, Rol 4.800-2007, “Hernández Gallegos Jaime - Dirección Obras Municipales Viña del Mar”.
2. Corte Suprema, 14 de mayo de 2008, Rol 7.055-07, “Consejo de Defensa del Estado con Lucero Gómez, Marcela y otra”.
3. Corte Suprema, 14 de abril de 2008, Rol 6.926-07, “Consejo de Defensa del Estado con Catalán Gutiérrez, Jeanette y otra”.
4. Corte Suprema, 22 de enero de 2019, Rol 20.657-2018, “Muñoz/SERVIU Región de Valparaíso”.
5. Corte Suprema, 23 de junio de 2020, Rol 39.182-2019, “Luna / Ilustre Municipalidad de San Javier”.
6. Corte Suprema, 28 de diciembre de 2020, Rol 43.799-2020, “Servicio de Evaluación Ambiental con IBBA (A)”.
7. Corte Suprema, 22 de marzo de 2022, Rol 78.938-2021, “Gamonal/Municipalidad Temuco”.

Contraloría General de la República

1. Dictamen N° 5380, de 14 de febrero de 2000.
2. Dictamen N° 77.490, de 12 de diciembre de 2011.
3. Dictamen N° E33624, de 4 de septiembre de 2020.
4. Dictamen N° E160316 de 2021, de 29 de noviembre de 2021.
5. Dictamen N° E420609N23, de 27 de noviembre de 2023.