

Fallo:

Santiago, veintiocho de julio de dos mil veinte.


Vistos:

En autos Rit A-30-2017, caratulados "Servicio Nacional de Menores con L.", seguidos ante el Juzgado de Familia de Valdivia, por sentencia de veintisiete de septiembre de dos mil dieciocho, se acogió la solicitud efectuada por dicho servicio y se declaró que el niño de iniciales Y.J.M.L. es susceptible de ser adoptado, resolución que una sala de la Corte de Apelaciones de Valdivia, confirmó.

En contra del último pronunciamiento, la abuela materna oponente dedujo recurso de casación en el fondo, denunciando la infracción de una serie de normas legales, y solicita que se lo acoja y se la anule, acto seguido, sin nueva vista y separadamente, se dicte la de reemplazo que rechace la petición formulada.

Se ordenó traer los autos en relación.

Considerando:

Primero: Que la recurrente, en primer término, se refiere a los antecedentes relevantes del proceso, en particular a la demanda que dedujo el Servicio Nacional de Menores, la que se sustentó en lo dispuesto en el artículo 12 N° 1  de la Ley N°19.620. Agrega que, en la audiencia preparatoria, se opuso a tal pretensión, ya que se encuentra en condiciones de asumir los cuidados personales de su nieto, posición que mantuvo durante todo el procedimiento; sin embargo, la sentencia acogió la pretensión y lo declaró susceptible de ser adoptado. Explica que, respecto de esa decisión, dedujo recurso de apelación, pues la familia de origen está dispuesta a hacerse cargo de Y., lo que se acreditó con el informe social legalmente acompañado, que en sus partes principales reproduce, que tiene todo el interés por cuidar y velar por la crianza de sus nietos y trabajar en fortalecer las eventuales deficiencias en el área de vinculación para fortalecer las habilidades protectoras y parentales; y porque también se ha hecho cargo de otro de sus nietos, el niño de iniciales J.A.M.L. que fue dispuesto, mediante resolución judicial, lo que demuestra la contradicción de la sentencia impugnada, pues por un lado la consideró hábil y capaz, y por otro, estima que tiene escasas habilidades protectoras, basado en informe de ejercicio de la parentalidad practicado por el DAM y la opinión de consejera técnica.

Hace presente que, junto con los fundamentos expuestos, también hizo ver que la magistratura del fondo negó la solicitud de obtener un medio de prueba que solicitó para aclarar la recuperabilidad de las competencias parentales y de su estructura de personalidad, que fueran elaborados por el Servicio Médico Legal que debió acogerse en virtud del principio de libertad probatoria y de la igualdad del ejercicio de la debida defensa, lo que se encuentra previsto en los artículos 28 ¹ y 29 ¹ de la Ley N° 19.968. La desigualdad procesal también se manifestó en otra audiencia, desarrollada el 20 de

agosto de 2018, que fue suspendida al día siguiente, debido a que los testigos de la peticionaria no contaban con cédula de identidad, pese a su oposición, lo que vulnera el principio del debido proceso, la igualdad ante la ley y el derecho a la defensa, los que se encuentran recogidos en la Constitución Política de la República, en su artículo 19 ¹.

Agrega que la Primera Fiscalía de la Corte de Apelaciones de Valdivia en cumplimiento al mandato contenido en el artículo 357 N° 4 ¹ del Código Orgánico de Tribunales emitió su informe, sugiriendo la realización de esa diligencia; y en cuanto al fondo, solicitó la revocación de la sentencia impugnada pues existían antecedentes de recuperabilidad de la madre; y en su caso, porque con su cónyuge trabajan, tienen una casa habitada en la que podrían mantener al infante, además, ya tiene a su cargo a otro de sus nietos; destacando que el argumento vertido, en cuanto a su edad, no tiene justificación, desde que se encuentra activa laboralmente y que se acreditó el vínculo afectivo que tiene con su nieto. Además, postuló que el artículo 226 inciso 1° ¹ del Código Civil, permite, al declararse la inhabilidad física o moral de ambos padres, entregar el cuidado personal del hijo a otra persona competente y, en este caso, es ella. El documento también rescata la obligación del Estado de agotarse todos los medios necesarios, siendo la adopción el último recurso. También puntualizó que el artículo 12 N° 2 inciso final de la Ley N° 19.620 no considera causal suficiente la falta de recursos económicos para proceder a tal declaración.

Enseguida, indicó que la judicatura del fondo, por sentencia de 3 de diciembre de 2018, confirmó la del grado, sin agregar nuevos argumentos. De esta forma, la resolución impugnada infringe lo que disponen los artículos 1 ¹ y 7 ¹ de la Ley N° 19.620 en relación con el artículo 32 ¹ de la Ley N° 19.968; 1 y 5 de la Constitución Política de la República, en correspondencia con el artículo 8° ¹ y 27° ¹ de la Convención internacional Sobre los Derechos del Niño; 12 de la Ley N° 19.620 en concordancia con los artículos 226 del Código Civil y 42 de la Ley N° 16.618; y el artículo 74 ¹ de la Ley N° 19.968, que desglosa en cuatro capítulos de impugnación.

Respecto de la vulneración de los artículos 1 y 7 de la Ley N°19.620, en relación al 32 de la Ley N° 19.968, postuló que la primera disposición regula el ámbito de aplicación de la ley de adopción y define el objeto del proceso de susceptibilidad señalando que: "La adopción tiene por objeto velar por el interés superior del adoptado, y amparar su derecho a vivir y desarrollarse en el seno de una familia que le brinde el afecto y le procure los cuidados tendientes a satisfacer sus necesidades espirituales y materiales, cuando ello no le pueda ser proporcionado por su familia de origen (...) ". Sin embargo, su nieto tiene una familia de origen dispuesta a hacerse cargo de él, lo que fue desestimado por la sentencia impugnada, refiriéndose, en exclusiva, al informe de ejercicio de la parentalidad practicado por DAM, que concluye que no cuenta con

recursos personales que le permitan establecerse como una figura de afecto, contención y protección para el niño, quien no se ha vinculado en el proceso de desarrollo del referido, sin considerar que en causa RIT X-1-2017, se decretó una orden de prohibición de acercamiento de los familiares del lactante a excepción de la madre, desde el 3 de enero de 2017 y se mantuvo vigente hasta el 29 de diciembre de 2017. En razón de lo anterior, también se conculcó el artículo 7 de la Ley N° 19.620 pues su nieto cuenta con su familia de origen que está interesada en mantenerlo, por lo que no fue considerado ese privilegio.

Enseguida reclama que se infringió el artículo 32 de la Ley N° 19.968, que reproduce, porque no fue aplicado, desde que la sentencia impugnada omitió el análisis de una de las causas tenidas a la vista, en la que se decretó la medida cautelar de prohibición de acercamiento, lo que igualmente ocurre con el examen de la prueba testimonial rendida en juicio. Tampoco se reflexionó en relación al informe social que aportó, en el que consta que con su cónyuge ejercen actividades remuneradas; ni respecto del informe efectuado por CONIN, privilegiándose el realizado por DAM, pues en el primero se califican las visitas que tanto la madre del niño como ella hacían, señalando que ella "se muestra muy cercana al niño, lo toma en brazo, conversa".

Bajo un segundo capítulo se denuncia infracción, por falta de aplicación, de los artículos 1 y 5 de la Constitución Política de la República en concordancia con los artículos 8 y 27 de la Convención Internacional Sobre los Derechos del Niño, disposiciones que reconocen a la familia como núcleo fundamental de la sociedad y otorgan rango supra legal a los tratados internacionales sobre derechos humanos, ratificados por Chile. En tanto, el artículo 8 de la Convención reconoce el derecho a la identidad y a sus elementos, resguardando el de mantener el nombre,

nacionalidad y vínculos familiares, para luego el artículo 27 reconocer, en el N° 1, el derecho del niño a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social; atribuyendo, el N° 2, a los padres u otras personas encargadas del niño la responsabilidad primordial de proporcionar, dentro de sus posibilidades y medios económicos, las condiciones de vida que sean necesarias para su desarrollo, debiendo los Estados adoptar medidas apropiadas para dar efectividad a estos derechos.

Reclama que no fue declarada inhábil ni física ni moralmente para tener el cuidado de su nieto, como lo ordena la ley; y aun así la judicatura del fondo no analizó, ni se hizo cargo de la posibilidad que pueda desarrollar sus habilidades parentales, criterio que infringe la Convención mencionada, el derecho interno, en particular los principios de subsidiariedad de la adopción y de preferencia de la familia de origen.

Seguidamente denuncia la infracción del artículo 12 de la Ley N° 19.620, por errada aplicación, conforme se resuelve en la sentencia del grado, ya que la causal

invocada por el Servicio Nacional de Menores, único fundamento legal que pudo ser considerado, era la "inhabilidad física o moral" para ejercer el cuidado personal, de conformidad del artículo 226 del Código Civil, afirmando que la condición fue fehacientemente acreditada. Luego el sustento para desestimar la oposición de la abuela materna se basa en el informe de ejercicio de la parentalidad practicado por DAM y la opinión de la Consejera Técnica del tribunal que afirma "doña M. E. posee deficiencias en las áreas de vinculación, interacciones familiares, rol parental, estimulación del aprendizaje y afectividad, presentando una parentalidad disfuncional"; no obstante que se la desvinculó de su nieto, por casi un año, en virtud de la cautelar de prohibición de acercamiento, por presentar conductas disruptivas y de riesgo; y que, aun cuando le achaca escasas habilidades protectoras, no la declara inhábil, como lo exige el artículo 12 de la Ley N° 19.620 en relación con el artículo 226 del Código Civil.

Como cuarto capítulo de casación se imputa a la magistratura del fondo la infracción del artículo 74 de la Ley N° 19.968, que autoriza la medida de separación del niño de sus padres solo cuando sea estrictamente necesario para salvaguardar sus derechos y siempre que no exista otra más adecuada. Según la norma, en tal caso, debe preferirse a sus parientes consanguíneos o a otras personas con las que aquél tenga una relación de confianza y, sólo en defecto de los anteriores, lo confiará a un establecimiento de protección. Además exige que la resolución que

disponga la medida (de separación del niño) sea fundada, lo que habría sido vulnerado por la sentencia impugnada.

Finalmente indica cómo las vulneraciones que denuncia influyeron sustancialmente en lo dispositivo de la sentencia que refuta, y solicita que se lo acoja y se la anule, acto seguido, sin nueva vista y separadamente, se dicte la de reemplazo que rechace la solicitud de declaración de susceptibilidad de adopción.

Segundo: Que la judicatura del fondo tuvo por establecidos los siguientes presupuestos fácticos: a).- El niño de iniciales Y.J.M.L. nació el 11 de diciembre de 2016, por parto cesárea de emergencia, debido a que su madre se encontraba en estado de embriaguez; tiene 4 años de edad; es hijo de doña O. L. A. y de don D. M. P.; tiene otros tres hermanos C. S., J. A. y D. L. de 15, 12 y 9 años de edad; se encuentra ingresado al sistema residencial desde su nacimiento; ha presentado cuadros respiratorios obstructivos, de manejo complejo que requirieron cuidados médicos, de enfermería y kinesioterapia respiratoria, con un diagnóstico bronquiectasis.

b).- Los padres del niño mantuvieron una relación de convivencia que se caracterizó por la presencia de consumo problemático de alcohol y drogas, violencia infrafamiliar y problemas de salud mental no tratados adecuadamente; ninguno tiene el

cuidado personal de sus cuatro hijos; don D. M. P. ha permanecido privado de libertad y tiene restringida la relación directa y regular con el niño.

c).- Doña O. L. A. presenta falencias significativas en su rol materno y protector que no le permiten asegurar de forma autónoma un contexto de protección para el niño, evidenciándose que tampoco posee la disposición para adherir a procesos de intervención ligados a fortalecer sus habilidades parentales, por lo tanto, no ha logrado avances que le permitan el ejercicio de su rol parental como protector; desde el ingreso de su hijo al sistema residencial se trabajó respecto del fortalecimiento de sus habilidades parentales, pero los resultados no fueron óptimos; no logra comprender las necesidades del niño, ni desarrollar respuestas asertivas a sus demandas; tiene visitas regulares pero son de baja calidad.

c).- Doña M. E. A. G., tenía, a la fecha de la sentencia, 63 años de edad; es abuela materna del niño; tiene a su cuidado a uno de sus nietos, el niño de iniciales J.A.M.L, hermano de Y.; no cuenta con recursos

personales que le permitan establecerse como una figura de afecto, contención y protección para éste, no se ha vinculado en su proceso de desarrollo; posee un nivel mínimo de problematización e identificación de riesgos en el contexto materno, mostrando la tendencia a minimizar y normalizar las pautas de crianza negligentes y desprotectoras, lo cual deja de manifiesto la ausencia de procesos de mentalización y reflexión asociado a la responsabilidad que le compete a los adultos respecto de las situaciones de riesgo acontecidas en el grupo familiar; no logra establecerse como una figura capaz de resguardar las necesidades de desarrollo y proyectar un sano desenvolvimiento en su entorno; posee deficiencias en las áreas de vinculación, interacciones familiares, rol parental, estimulación del aprendizaje y afectividad presentando una parentalidad disfuncional la cual se manifiesta en las dificultades para establecer relaciones afectivas y protectoras con sus nietos que ha mantenido bajo su cuidado, quienes han presentado conductas disruptivas y de riesgo; mantiene desvinculación con su nieto ya que tiene escaso reconocimiento de sus necesidades acorde a su etapa de desarrollo así como escasa reflexión respecto de la situación actual del niño.

Sobre la base de aquella propuesta fáctica, teniendo presente lo que dispone el artículo 1° de la Ley N° 19.620, la sentencia impugnada estimó debidamente acreditada la causal invocada por la solicitante, pues se determinó, unívocamente, la inhabilidad física y moral de la madre; y respecto del padre, al haberse hecho efectivo el apercibimiento que la legislación contempla, al presumirse su consentimiento favorable a la declaración de susceptibilidad, teniendo presente que se acreditó la existencia de negligencia y abandono transgeneracional, pautas de crianza alteradas, desprotectoras y

vulneradoras de derechos, que se replicaron en el ejercicio de la parentalidad con todos los hijos de la pareja.

Además, se hace cargo de la oposición de la abuela materna, sosteniendo que junto con las precarias habilidades parentales que posee, también se aparejó un informe de despeje familiar donde se expuso lo contrario, señalando que por su avanzada edad y enfermedades que padecía no era posible asumir el cuidado de su nieto. Luego, también señaló que el rango etario existente entre la oponente y el niño, constituía un impedimento, pues los 61 años de edad que tienen de contraste, permitía proyectar una constante afectación en los cuidados del niño. En atención a lo anterior, se estimó beneficioso declararlo susceptible de ser adoptado, con el objeto de que pueda insertarse en una familia que cuente con las condiciones para asumir su cuidado, garantizar la satisfacción de sus requerimientos y que pueda desarrollarse en un ambiente de protección

y cariño, y procurar con ello su pleno y normal desarrollo.

Tercero: Que el artículo 32 de la Ley N° 19.968 consagra: "Valoración de la prueba. Los jueces apreciarán la prueba de acuerdo a las reglas de la sana crítica. En consecuencia, no podrá contradecir los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados. La sentencia deberá hacerse cargo en su fundamentación de toda la prueba rendida, incluso de aquella que hubiere desestimado, indicando en tal caso las razones tenidas en cuenta para hacerlo.

La valoración de la prueba en la sentencia requerirá el señalamiento de los medios de prueba mediante los cuales se dieren por acreditados cada uno de los hechos, de modo de contener el razonamiento utilizado para alcanzar las conclusiones a que llegare la sentencia".

Pues bien, como lo ha manifestado reiteradamente esta Corte, los hechos que dan por acreditados la judicatura del fondo son inamovibles para el tribunal de casación, a menos que se denuncie de manera eficiente y se constate la violación de las normas denominadas reguladoras de la prueba y, en un caso como el propuesto, de los elementos que componen el sistema de valoración de la prueba conforme a las reglas de la sana crítica, esto es, si fue el de la lógica con sus principios de identidad, de no contradicción, de razón suficiente y de tercero excluido; el de las máximas de experiencia o las "reglas de la vida"; o el de los conocimientos científicamente afianzados; y que también se puede basar en el hecho que la sentencia no se hizo cargo en su fundamentación de toda la prueba rendida, incluso de aquella que fue desestimada, indicando en tal caso las razones tenidas en cuenta para hacerlo, tal como lo señala el artículo 32 de la Ley N° 19.968 ya citado.

Cuarto: Que, por su parte, tal como ha sido expuesto en otras oportunidades (Rol N° 30.941-2015, 3.546-2019 entre otros) las reglas de la sana crítica, aplicable a los

asuntos de familia por imperativo del artículo 32 de la Ley N° 19.968, imponen a la judicatura del fondo una determinada forma en que deben ejercer sus funciones, que está referida al deber de motivar o fundar sus decisiones de manera razonada, exteriorizando las argumentaciones que le han provocado la convicción en el establecimiento de los hechos y en la aplicación del proceso de subsunción jurídica.

En efecto, el razonamiento judicial, a diferencia del despliegue formal de la racionalidad en otras disciplinas, tiene normalmente por objeto la ejecución de una labor de contraste y comprobación, por parte del juez,

de ciertos supuestos de hecho, con uno formal normativo, ejercicio conocido por la doctrina como subsunción, en relación con todos los antecedentes y medios de prueba rendidos durante el transcurso del juicio. Sobre la base de lo anterior, la judicatura del fondo se encuentran obligada, por imperativo legal, no solo a dar razones justificativas que sustenten su decisión, atendida la regla de la lógica conocida como el "principio de la razón suficiente", cuya implicancia contempla que cualquier afirmación o proposición debe estar necesariamente fundamentada o probada, como garantía del derecho al debido proceso; sino que también a justificar la ausencia de ponderación de los elementos de convicción que resultaron estériles para demostrar alguno de los supuestos o extremos que debieron acreditarse, en particular, la ausencia de una familia extensa que se encuentre habilitada para ejercer el cuidado personal del niño, considerando la oposición de la recurrente.

En esa línea, el profesor Taruffo explica que "Motivar los hechos implica explicitar, con la forma de una argumentación justificativa, el razonamiento que permite atribuir una eficacia determinada a cada medio de prueba y que sobre esa base fundamenta la elección a favor de la hipótesis sobre el hecho de que, con las pruebas disponibles, tiene un grado de confirmación lógica más elevado." (ob.cit., pág. 290) Así, esta labor de justificación es, en definitiva, lo que permite el control sobre la racionalidad de la decisión.

Quinto: Que la recurrente recrimina a la judicatura no ponderó elementos que acreditan su tesis, esto es, la existencia de una familia de origen capaz de brindarle una relación nutricia a Y., pues no consideró que las causas tenidas a la vista demostraron que el tribunal decretó una medida cautelar que le prohibía acercarse a su nieto; que tampoco analizó el informe social incorporado que contenía información relevante respecto de sus condiciones sociales y económicas que le permiten asumir las necesidades del niño; y que, finalmente, nada dijo respecto del informe de la Corporación para la Nutrición Infantil de Valdivia que calificaba las visitas que realizó a su nieto cuando estuvo interno en ese recinto.

En este orden de ideas, al examinar la sentencia se aprecia que esta reproduce la prueba producida por los distintos intervinientes en el procedimiento, para luego concluir

la inhabilidad materna y paterna; y haciéndose cargo de la oposición de la recurrente, la desestima, considerando que sus habilidades parentales se encuentran descendidas, que no tiene un vínculo seguro con el niño, que su edad constituye un impedimento para su ejercicio y aunque se le haya concedido el cuidado personal de uno de los hermanos del niño, no

es suficiente, debido al diferente proceso de desarrollo vital que ambos tienen, sin razonar ni reflexionar, sea para valorar o desestimar los elementos de convicción que describe la recurrente.

En consecuencia, resulta contrario a las reglas de la sana crítica, y deviene en una decisión arbitraria, el haber acogido la solicitud de susceptibilidad de adopción, sin haber valorado los medios de convicción aportados por las partes, omitiendo la ponderación de antecedentes relevantes, pues se permite reproducir textualmente la prueba producida y luego, utilizando un mecanismo selectivo, sin fundamento, opta por alguno de los que copia, para afinar su decisión, sin hacerse cargo de las razones por las que desestimó aquellas que resultaron irrelevantes para su decisión.

Sexto: Que según artículo 1 de la Ley N° 19.620 el objeto último de la adopción es velar por el interés superior del adoptado y amparar su derecho a vivir y desarrollarse en el seno de una familia que le brinde afecto y le procure los cuidados tendientes a satisfacer sus necesidades cuando ese cuidado no puede ser proporcionado por su familia de origen. Según el tenor del artículo 15 de la misma ley, ello cabe sólo una vez establecido que se ha hecho todo lo posible para conseguir que el niño conserve su familia de origen -biológica o extensa-. De este modo, la resolución judicial que lo declare en estado o condición de ser adoptado, únicamente puede emitirse una vez determinado debidamente que es imposible decretar otras medidas para mantenerlo en ella. En igual sentido, el artículo 8 del reglamento reitera esta preferencia de la ley por la familia biológica o de origen al indicar que debe darse en adopción una vez verificado que la familia natural no puede procurarle los cuidados tendientes a satisfacer sus requerimientos de todo orden, confirmando que los principios esenciales que informan la adopción son el de subsidiariedad y el de prioridad o preeminencia de la familia biológica.

Entonces, la omisión aludida también debe conjugarse con el denominado "principio de subsidiariedad" en la adopción y aquí habrá que recordar que el inciso segundo del artículo 15 de la Ley N° 19.620, dispone que "El juez resolverá acerca de la veracidad de los hechos y circunstancias que se invocan para solicitar la declaración de que el menor es susceptible de ser adoptado, en especial la imposibilidad de disponer de otras medidas que permitan la permanencia del mismo en su familia de origen y las ventajas que la adopción representa para él".

Como la citada disposición implica que la institución de la adopción se aplica de manera subsidiaria, esto es, sólo en la medida que la familia de origen no sea capaz de brindar al niño, niña o adolescente el afecto y los cuidados tendientes a satisfacer sus necesidades espirituales y

materiales, resulta ineludible que al resolver una solicitud como la de autos, la judicatura ponga especial atención y razone en torno a si se han agotado o no los medios que permitan mantener a la persona en su familia de origen, cuestión que es concordante con las obligaciones que la misma ley impone al Estado en el sentido de brindar el apoyo necesario para que las familias de origen cumplan ese rol.

Séptimo: Que, del modo antes expresado, queda claro que la conclusión de la magistratura del fondo en orden a acoger la solicitud deducida por el Servicio Nacional de Menores se realizó contraviniendo el mandato legal de hacerse cargo de toda la prueba producida durante la audiencia de juicio; situación que ha tenido influencia sustancial en lo dispositivo del fallo, por lo que el recurso en análisis deberá ser acogido en lo que dice relación con el yerro analizado, siendo innecesario referirse a los demás invocados.

Por estas consideraciones y de conformidad, además, con lo dispuesto en los artículos 764 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, se acoge el recurso de casación en el fondo deducido contra la sentencia de tres de diciembre de dos mil dieciocho, dictada por una sala de la Corte de Apelaciones de Valdivia, la que, en consecuencia, se invalida, reemplazándose por la que se dicta a continuación, sin nueva vista y en forma separada.

Acordada con el voto en contra del Ministro señor Fuentes y de la abogada integrante señora Etcheberry quienes fueron de opinión de rechazar el recurso de casación interpuesto porque en su concepto no se incurrió en los errores de derecho denunciados y especialmente por las consideraciones siguientes:

1.- El marco valorativo que dispone la ley no puede estimarse vulnerado por cuanto la sentencia analiza si los medios de prueba corroboran los cuestionamientos que hace el Servicio Nacional de Menores respecto de los padres y abuela materna del niño en términos de alcanzar la convicción que ellos carecen de las habilidades parentales necesarias para ejercer el cuidado personal del niño Y. De este modo, los hechos asentados por los jueces del fondo resultan inamovibles para esta Corte, según artículo 785 del Código de Procedimiento Civil, al no ser posible confirmar una verdadera conculcación de normas reguladoras de la prueba.

2.- En cuanto a la pretendida infracción del artículo 12 de la Ley de Adopción N° 19.620 la inhabilidad de las oponentes para ejercer el cuidado personal quedó ampliamente establecida como lo demuestra el

Considerando Décimo del fallo de primera instancia, reproducido en alzada y con referencia tanto a la madre como a la abuela materna. Respecto de ésta especialmente con el mérito del informe del DAM y la opinión de la consejera técnica que describe las carencias de estas personas en los aspectos de vinculación e interacción familiar.

Los hechos regularmente establecidos determinan que efectivamente afecta a la madre la situación de incapacidad a que se refiere el artículo 226 del Código Civil lo que autoriza, de conformidad al artículo 12 N° 1 de la Ley de Adopción N° 19.620 para concluir que, en ausencia de otros parientes consanguíneos o personas próximas al menor que estuvieran en condiciones y tuvieran la disposición de atender a su cuidado corresponde, en protección del menor, recurrir a la vía alternativa de la adopción, acogiendo de este modo la solicitud de susceptibilidad planteada por el Servicio Nacional de Menores.

3.- De este modo las afirmaciones del recurrente son incompatibles con lo establecido por los sentenciadores del fondo, según lo demuestran los considerandos pertinentes del fallo de primera y segunda instancia que mantuvo los fundamentos de aquél . El tribunal de casación no puede prescindir de los hechos establecidos por los jueces de la instancia, exigencia que se desprende del objetivo de este arbitrio destinado a controlar la correcta aplicación de la ley. Así lo corrobora el artículo 785 del Código de Procedimiento Civil que, a propósito de invalidar la Corte una sentencia, dispone que debe dictar "la de reemplazo que crea conforme a la ley y al mérito de los hechos tales como se han dado por establecidos en el fallo recurrido".

4.- Que la ponderación de los informes no permitió a los jueces llegar a ninguna conclusión en el sentido que la madre y la abuela del menor estuvieran desplegando acciones de resguardo del niño, que ellas cuenten con redes de apoyo familiar que puedan brindarle un ambiente de protección y de cuidado y, muy especialmente, que estén dispuestos a someterse a terapias para asumir las competencias y cambiar sus hábitos a fin de asegurar el compromiso de protección y cuidado del niño, siendo demostrativo de ello la situación de los otros tres hermanos de Y. que se encuentran también institucionalizados por haber sido igualmente víctimas de abandono y desprotección. No hay, en consecuencia, elementos de convicción que desvirtúen la conclusión que se cumple el elemento normativo de la imposibilidad de imponer otras medidas que permitan la permanencia del niño en su familia de origen, pues los antecedentes de hecho acreditan suficientemente la causal invocada por

el SENAME. Con tales antecedentes debió tenerse por configurada la causal de inhabilidad física y moral del artículo 12 N° 1 de la Ley de Adopción en relación con los artículos 3 y 7 del artículo 42 de la Ley de Menores N° 16.618 y con el artículo 226 del Código Civil, haciéndose extensiva la inconveniencia de estar a cargo del cuidado del menor a la abuela materna, por lo que la fundamentación de la sentencia no es errónea y resulta

suficiente para acoger la declaración que se solicita porque ella procede cuando el padre, la madre o alguna de las personas a quienes se hubiere confiado el cuidado del niño se encuentren en alguna de las situaciones a que se refiere el artículo 12 de la Ley 19.620.

En razón de esas conclusiones, determinadas con el mérito de las pruebas no puede estimarse que se ha desconocido el interés superior del niño ni que tal convicción se haya estructurado prescindiendo de examinar y valorar la voluntad y actitud de la madre.

5.- Que en vista de los hechos y antecedentes relacionados tampoco puede decirse que la sentencia recurrida haya infringido normas constitucionales y los artículos 8 y 27 de la Convención Internacional de los Derechos del Niño en cuanto estos preceptos supralegales reconocen a la familia como núcleo fundamental de la sociedad y encarecen el resguardo y mantención de los vínculos familiares.

6.- Los disidentes están conscientes de la relevancia que en la materia tiene esa normativa internacional así como los principios de subsidiariedad de la adopción -como fórmula de última ratio- y el de prevalencia de la familia de origen. No obstante, los medios de prueba producidos en la causa llevan a concluir que, aunque exista una familia de origen, ésta no tiene las aptitudes, medios y condiciones que permitan al niño desarrollarse en plenitud, evento que, aunque lamentable, obliga a aplicar la fórmula subsidiaria de permitir la adopción del niño. Al proceder de este modo, en base a la valoración efectuada por los jueces, no puede estimarse que se hayan desentendido de esas reglas constitucionales ni las de la Convención Internacional y tampoco que se haya incurrido en infracción del artículo 74 de la Ley 19.968 regla que, por lo demás, explícitamente autoriza la medida de separación del niño de sus padres cuando sea estrictamente necesario para salvaguardar los derechos del niño y cuando no exista disponible otra medida más adecuada.

7.- Cabe tener presente que, frente a esos importantes principios que miran a la integridad del grupo familiar naturalmente formado, se alzan

otros principios igualmente relevantes como el que consagra el artículo 1º de la Ley 19.620 en orden a que debe regir en la materia el interés superior del adoptado, amparando su derecho a vivir y desarrollarse en el seno de una familia que le brinde afecto y le procure los cuidados tendientes a satisfacer sus necesidades espirituales y materiales cuando esos cuidados no puedan ser proporcionados por su familia de origen. El niño no debe ser separado de sus padres contra la voluntad de éstos excepto cuando en un procedimiento judicial se determine de conformidad a la ley y al procedimiento respectivo, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Por ello la Convención Internacional de los Derechos del Niño, si bien consagra la primacía de la familia de origen en su artículo 7.1 explicitando que el niño tiene derecho a conocer a sus padres, a ser cuidado por ellos y

al respeto al derecho a preservar su identidad, incluidos nacionalidad, nombre y relaciones familiares (artículos 8.1.y 9.1), reserva la situación excepcional en que la separación es necesaria para el interés superior del niño, contemplando en su artículo 20.1 la adopción como una medida de protección para niños privados de su medio familiar o cuyo interés superior exija que no permanezcan en ese medio.

8.- Que de este modo los principios de subsidiariedad de la adopción y primacía de la familia biológica deben entenderse siempre en el contexto determinado por el interés superior del niño por lo que, como esta Corte ha dicho (Rol N° 2.709-2012) cuando éste no cuente con un medio familiar adecuado que lo acoja es procedente la aplicación del instituto de la adopción. La observancia de esa obligación de velar por su interés superior impide dar aplicación a la regla general inspiradora de asegurar su derecho a vivir y desarrollarse en el seno de una familia que le brinde afecto y le procure los cuidados tendientes a satisfacer sus necesidades espirituales y materiales. Esta circunstancia no ha podido ser establecida con los hechos acreditados y referidos en las motivaciones anteriores de esta sentencia, concluyéndose que los oponentes están inhabilitados para asumir la integral satisfacción de los derechos del niño Y., en todos los ámbitos de su vida, apareciendo entonces que la obligación de velar por su interés superior ha de centrarse en su derecho a vivir y desarrollarse en todos los aspectos de su vida en la perspectiva de su autonomía y orientado a asegurarle el libre desenvolvimiento de su personalidad, lo que no parece posible pueda ser proporcionado por su familia de origen ni su familia extensa.

Regístrese.

Rol

Nº362-2019.

Pronunciado por la Cuarta Sala de la Corte Suprema integrada por los Ministros señor Juan Fuentes B., señoras Gloria Ana Chevesich R., María Angélica Cecilia Repetto G., y los Abogados Integrantes señor Álvaro Quintanilla P., y señora Leonor Etcheberry C. No firman los Abogados Integrantes señor Quintanilla y señora Etcheberry, no obstante haber concurrido a la vista y al acuerdo de la causa, por estar ambos ausentes. Santiago, veintiocho de julio de dos mil veinte.

JUAN EDUARDO FUENTES BELMAR GLORIA ANA CHEVESICH RUIZ

MINISTRO

MINISTRA

Fecha: 28/07/2020 12:07:40 Fecha: 28/07/2020 14:11:38

MARIA ANGELICA CECILIA REPETTO

GARCIA

MINISTRA

Fecha: 28/07/2020 14:11:38

En Santiago, a veintiocho de julio de dos mil veinte, se incluyó en el Estado Diario la resolución precedente.

Santiago, veintiocho de julio de dos mil veinte.

En cumplimiento de lo prevenido en el artículo 785 del Código de Procedimiento Civil, se dicta la siguiente sentencia de reemplazo:

Vistos:

Se reproduce la sentencia en alzada con excepción de los considerandos undécimo y duodécimo que se eliminan.

De la sentencia de casación se reproduce los fundamentos cuarto, quinto y sexto.

Y, en su lugar, se tiene, además, presente :

Primero: Que establecida la inhabilidad materna y habiéndose presumido el consentimiento favorable del padre para declarar la susceptibilidad de adopción de su hijo, procede, entonces, hacerse cargo de la oposición que

hizo la abuela materna, conforme lo establecido en el artículo 14 de la Ley N° 19.620, y que sustentó en la existencia de una familia de origen dispuesta a hacerse cargo de los cuidados de su nieto; que, mediante resolución judicial, le fue confiado el de uno de los hermanos de Y., J. A., lo que permite inferir que cuenta con las condiciones necesarias para hacerse cargo de éste.

Segundo: Que, fijada la controversia en esos términos, es preciso ahora detenerse en los supuestos fácticos que es posible establecer a partir de la prueba rendida por las partes, conforme la sana crítica, esto es, sin contradecir los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados, estos son, a saber:

a).- Doña M. E. A. G. nació el 30 de agosto de 1954, a la fecha de la sentencia, tenía 63 años de edad; está casada con don D. E. L. A., relación de la que nacieron cuatro hijos, G. R., C. A., O. L. y D. B. de 39, 35, 34 y 32 años de edad, respectivamente, los que viven fuera del hogar; es abuela materna del niño de iniciales Y.J.M.L.; habita una vivienda en calidad de propietaria, la que cuenta con living-comedor, tres dormitorios, sala de estar, cocina y baño; se desempeña como asesora del hogar por lo que percibe una remuneración mensual de \$230.000 mensuales, en tanto su cónyuge es obrero de la construcción, con ingresos variables por una suma aproximada de \$250.000 mensual.

b).- En causa P-808-2016 de medida de protección y vulneración de derechos, por resolución de 21 de diciembre de 2016, se decretó el ingreso inmediato del lactante N.N., hijo de O. L. A., a la residencia Principito de Los Ríos de Valdivia y la prohibición de acercamiento a ese lugar de los familiares del niño a excepción de la madre, lo que se mantuvo hasta al menos el 29 de diciembre de 2017, según se resolvió en causa X-1-2017; durante la permanencia de Y. en la Corporación para la Nutrición Infantil Valdivia, el niño tuvo visitas de su madre y de su abuela materna.

c).- En causa Rol X-70-2016 de cumplimiento de medida de protección y vulneración de derechos a favor del niño J.A.M.L, hermano de Y., por resolución de 21 de julio de 2017 se confió su cuidado personal a su abuela materna doña M. E. A.G., la que se mantuvo hasta el día 7 de febrero de este año, debido

al egreso del adolescente y su familia, por haberse cumplido con los objetivos propuestos por el programa, además de no vislumbrarse nuevos hechos de vulneración.

d).- En actual tramitación se encuentran las causas Rol X-23-2013 y causa X-58-2016 sobre cumplimiento de medida de protección y vulneración de derechos que se iniciaron a favor de la adolescente C. S. M. L. y del niño de iniciales D.L.M.L., ambos hermanos de Y.

Las proposiciones fácticas tenidas por ciertas se han logrado establecer en virtud de la prueba aportada, en particular, del mérito de los certificados de nacimiento de los niños y de su madre, los que se encuentran dotados de suficiencia probatoria al tener el carácter de instrumentos públicos, con mérito suficiente para atribuir valor de convicción respecto de su contenido. A ello ha de sumarse el informe social elaborado por la Corporación de Asistencia Judicial, que fue elaborado por doña Tamara Hinostroza Solis, asistente social, que junto con tener los conocimientos necesarios para arribar a las conclusiones que expone, pudo confirmar aquellas, pues acompañó la documentación que la respalda; también fue ponderado el oficio respuesta de la Corporación por la Nutrición Infantil, Valdivia, institución en la que el niño estuvo internado desde el 13 de julio de 2017 hasta aproximadamente el 4 de julio del año siguiente, que junto con remitir información social y de salud de él, también es capaz de indicar las visitas que realizaron en esa institución la recurrente y su hija, las que, en el caso de la abuela materna, señala que "se muestra muy cercana al niño, lo toma en brazo, conversa y estimula al momento de la visita" documento que es elaborado por quienes se ocurrieron al infante durante su permanencia, por lo que es posible predicar que la información que entrega es porque la pudieron observar o constatar. También se ha logrado conocer la existencia de las causas que se iniciaron en beneficio de los hermanos de Y., que se refieren a cumplimiento de medidas de protección y vulneración de derechos que se están tramitando, incluso en la actualidad, al ser consultadas mediante el sistema SIFTA, con lo cual es posible atribuir verosimilitud objetiva a la información que fue aparejada durante las audiencias pertinentes y luego en su consulta.

Tercero: Que, de otra parte, el informe de habilidades parentales de 24 de abril de 2018 concluye que la abuela materna del niño no cuenta con recursos personales que le permitan establecerse como una figura de afecto, contención y protección para él, que no se ha vinculado en su proceso de desarrollo, por lo que, en resumen, no logra establecerse como una figura capaz de resguardar las necesidades de desarrollo de Y.; que posee deficiencias en las áreas de vinculación, interacciones familiares, rol parental, estimulación del aprendizaje y afectividad presentando una parentalidad disfuncional la cual se manifiesta en las dificultades para establecer relaciones afectivas y protectoras con sus nietos que ha mantenido bajo su cuidado; que presenta una desvinculación con Y. al

visualizar escaso reconocimiento de sus necesidades acorde a su etapa de desarrollo así como escasa reflexión respecto de su situación actual; y que tampoco posee la disposición para adherir a procesos de intervención ligados a fortalecer sus habilidades parentales. De esta forma, siendo uno de los antecedentes tenidos en cuenta por la judicatura del

fondo para rechazar la oposición de la recurrente, será preciso corroborar aquellas expresiones, para lo cual es necesario remitirse a los restantes antecedentes que, incorporados, deben ser analizados, pues de ellos surgen elementos que son imposibles de desconocer y a los que es necesario atribuir algún significado.

En efecto, conforme se asentó precedentemente, la oponente cuenta con trabajo remunerado, como también con una vivienda que, en las condiciones en que se encuentra, mantiene espacios disponibles y diferenciados, por lo que puede cubrir necesidades materiales del niño, desde que mantiene recursos suficientes para tal efecto. Se acreditó, además, que se trata de una mujer que se desempeña en un oficio y, por ende, es laboralmente activa, lo que permite inferir también que se encuentra en condiciones de realizar las labores propias de toda mujer de su edad, pues no se acreditó la existencia de inhabilidades físicas que le impidan realizarlas, ello, considerando que el mismo informe social señala que si bien padece de hipertensión arterial y artrosis, es controlada en el consultorio.

Ahora en cuanto al aspecto vincular, resulta relevante señalar que desde días posteriores al nacimiento de su nieto, esto es, desde el 21 de diciembre de 2016, se decretó como medida cautelar la prohibición de acercamiento de la madre del niño como de sus familiares, incluyéndose a la abuela materna, restricción que, al menos, se mantuvo hasta el 29 de diciembre de 2017, al consignarse en una de las audiencias de revisión de esas medidas que no existía tal impedimento, ni para la madre ni para la abuela. Por lo que, durante al menos un año, ambas fueron obligadas a distanciarse del niño, por lo que el proceso de vinculación inicial no pudo desarrollarse por esa restricción. Luego, una vez que Y., debido a su condición de salud, se encontraba en la Corporación para la Nutrición Infantil de la ciudad de Valdivia, por lo menos hasta el 4 de julio de 2018, recibió visitas de sus parientes, quienes incluso celebraron sus cumpleaños en ese lugar, y en las oportunidades que su abuela concurría se mostraba afectiva y cariñosa con el niño, calificación que es otorgada por el informe emitido por esa institución.

De otra parte, es relevante analizar los antecedentes relativos a la causa Rol X-70-2016, que es una de las que fue abierta a favor de uno de los

hermanos de Y., en este caso se trata del adolescente J. A. M.L., desde que en ella, el 21 de julio del 2017, se confió su cuidado personal a su abuela materna; proceso que concluyó, puesto que al observar su substanciación en el sistema computacional, es posible advertir que el 27 enero de este año, la Directora Programa de Intervención Integral Especializada Ciudad Del Niño remitió el informe de cierre y egreso de Juan, observando que reside en la vivienda de su abuela materna, la que mantiene su cuidado personal, precisando que en dicho contexto se observa la satisfacción de necesidades básicas de protección, así como no se visualizan situaciones actuales de riesgo en las que se involucre; se ha adecuado positivamente al establecimiento educacional sin mantener conductas disruptivas como en años anteriores, lo que se ha reforzado con la abuela materna principalmente, quien además otorga protección y contención hacia el joven,

evitando que se involucre en situaciones de riesgo, vinculándose con la comunidad religiosa cercana a su domicilio, lo que ha favorecido la mantención de conductas pro sociales, siendo un complemento la madre en el proceso de crianza que ha iniciado su abuela.

Tampoco es posible obviar los antecedentes de sus otros dos hermanos, a quienes, luego de una serie de medidas de protección, en el caso de Daniel, se resolvió mantenerlo en el domicilio de su abuela y respecto de Cristianne Solanch se confió su cuidado personal, en forma definitiva, también a la recurrente, según se desprende de la lectura de diversas resoluciones dictadas en ellas.

Cuarto: Que de esta forma, la abuela materna cuenta con las condiciones sociales y económicas para hacerse cargo de su nieto; también ha demostrado que se muestra cercana a él durante las visitas que ha mantenido; y que durante años de tramitación de diversas causas proteccionales abiertas debido a las inhabilidades maternas de su hija, ha sido quien permanentemente ha comparecido, haciéndose cargo, en definitiva, de todos sus nietos.

Es por ello que es posible concluir que las competencias parentales que se evalúan, pueden ser fortalecidas con un programa adecuado y continuo, teniendo como elemento indiciario el comportamiento que la recurrente ha mantenido durante estos años, su evolución y las acciones realizadas tendientes a vincularse con su nieto, que no pueden ser evaluadas en forma aislada ni meramente funcional y deben valorarse en su mérito, integrando, además, otros aspectos positivos de su actuar y condiciones objetivas acreditadas en el proceso, como es el cuidado de todos sus nietos, y el hecho de contar con un entorno familiar que la

apoya.

Ahora si bien el informe de ejercicio de la parentalidad analizado, señala en su conclusión que la abuela materna no posee "la disposición para adherir a procesos de intervención logados a fortalecer sus habilidades parentales", dicha conclusión no se condice con la actitud que ha mantenido en estos años, ni tampoco encuentra verificación en el contenido del mismo informe, por lo que no es posible sostener con suficiencia, esa conclusión.,

Así las cosas, y considerando el estándar puesto por el artículo 15 de la Ley N° 19.620, se advierte que no se han agotado las medidas que pueden tomarse para mantener al niño dentro de su familia de origen, ya que existen antecedentes que permiten evaluar como posible su inserción en ella, en la medida que se supervise el acercamiento familiar y se mantenga a la familia con un programa de fortalecimiento de competencias parentales, orientado a las necesidades y realidad de ésta, de manera de garantizar su derecho a vivir y desarrollarse con sus hermanos y al cuidado de su abuela materna, por lo que no se hará lugar a la solicitud deducida por el Servicio Nacional de Menores.

Por estos fundamentos disposiciones legales citadas y lo preceptuado en los artículos 186 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, se revoca la sentencia de veintisiete de septiembre de dos mil dieciocho, dictada en los autos Rit A-30-2017, solo

en cuanto acoge la solicitud del Servicio Nacional de Menores de declarar al niño de iniciales Y.J.M.L. susceptible de ser adoptado y, en su lugar, se declara que se rechaza la referida solicitud, instruyendo a dicho servicio a proveer de programas adecuados que supervisen la inserción del niño bajo el cuidado de su abuela materna, doña M. E. A. G., y a desarrollar, en forma sostenida, acciones tendientes al fortalecimiento de sus competencias parentales.

Se confirma la sentencia en cuanto resuelve que la madre del niño, doña O. L. A., es inhábil para ejercer el cuidado de su hijo.

Acordada con el voto en contra del ministro señor Fuentes y de la abogada integrante señora Etcheberry, quienes fueron de opinión de no emitir sentencia de reemplazo, dado los fundamentos del voto de que da cuenta la sentencia de casación. A los escritos folios 46862, 58118, 77400, 90112 y 98875: éste a lo resuelto.

Regístrese y devuélvase.

N°362-2019.

Pronunciado por la Cuarta Sala de la Corte Suprema integrada por los Ministros señor Juan Fuentes B., señ oras Gloria Ana Chevesich R., María Angélica Cecilia Repetto G., y los Abogados Integrantes señor Álvaro Quintanilla P., y señora Leonor Etcheberry C. No firman los Abogados Integrantes señor Quintanilla y señora Etcheberry, no obstante haber concurrido a la vista y al acuerdo de la causa, por estar ambos ausentes. Santiago, veintiocho de julio de dos mil veinte.