

Santiago, diecinueve de febrero de dos mil veinte.

Vistos:

En autos RIT [REDACTED] RUC [REDACTED] del Segundo Juzgado de Familia de Santiago, por sentencia de veintidós de mayo de dos mil dieciocho, se acogió la solicitud de la [REDACTED] y se declaró susceptible de ser adoptada a la niña de iniciales A.K.P.F., por concurrir solamente la causal del artículo 12 N°1 de la ley 19.620, en relación al numeral 7) del artículo 42 de la ley 16.618, debiendo en su oportunidad la entidad que corresponda, agotar previamente la posibilidad de que quien o quienes la adopten, voluntariamente, esté o estén dispuestas o abiertas a permitir el contacto con sus padres biológicos, para lo cual deberá acreditarse que se ha preguntado a todos quienes conforman el registro de personas interesadas en la adopción –cualquiera sea su orden de prelación– y que no hubo nadie dispuesto a ello; rechazándose la solicitud en cuanto a las demás causales invocadas señaladas en el artículo 12 N°1 de la ley 19.620 en relación a los numerales 3) y 6) del artículo 42 de la ley 19.620, y la del artículo 12 N°2 de la ley 19.620, por falta de prueba. Dispuso la mantención de la reserva.

Se alzaron ambas partes y una de las salas de la Corte de Apelaciones de Santiago, por sentencia de tres de enero de dos mil diecinueve, la confirmó.

En contra de dicho pronunciamiento, la Corporación de Asistencia Judicial, Oficina de Defensa de la Familia, en representación de los padres de la niña, oponentes en este procedimiento, dedujo recurso de casación en el fondo, solicitando se invalide y proceda a dictar una sentencia de remplazo que rechace la solicitud de susceptibilidad de adopción.

Se trajeron los autos en relación.

Considerando:

Primero: Que, la recurrente denuncia la infracción de una serie de normas que agrupa del siguiente modo, artículo 1 de la ley 19.620; artículos 7.1 y 9.1. de la Convención sobre los Derechos del Niño; artículos 5, 18.1 y 27.2 del mismo tratado; artículos 16 de la ley 19.968 y 3 de la citada



convención; artículo 12 de la ley 19.620; artículo 32 de la ley 19.968; y artículo 42 en sus números 3, 6 y 7 de la ley 16.618.

En relación a la primera norma citada, que establece que el objeto 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 el afecto y le procure los cuidados tendientes a satisfacer sus necesidades espirituales y materiales, cuando ello no le pueda ser proporcionado por su familia de origen, la recurrente indica que se desprende que uno de los principios fundamentales de la institución es el de la subsidiariedad y de la prioridad de la familia biológica, en estrecha relación con el derecho a la identidad del niño, lo que implica una preferencia legal por la familia de origen y su consideración no como una forma alternativa de filiación.

Señala que en concordancia con lo anterior, el artículo 15 de la ley 19.620, dispone que debe hacerse todo lo posible para conseguir que el niño conserve su familia de origen, de modo que la resolución que lo declara susceptible de ser adoptado ha de dictarse cuando, previamente, se ha establecido la imposibilidad de adoptar otras medidas que permitan su permanencia en ésta. En la especie, refiere que se ha incurrido en un error de derecho al declarar susceptible de ser adoptada a la niña A.K.P.F, en circunstancias que de los antecedentes allegados al proceso consta que sus padres tienen una genuina vinculación con su hija y la han visitado y participado regularmente en sus actividades (juegos, baño, alimentación, entre otras), durante todo el período de institucionalización, y ella los reconoce como figuras significativas. Reprochan que no se hubiera llevado a cabo un proceso de fortalecimiento de habilidades parentales y un período de supervisión y acompañamiento, en forma previa y hacen ver que la consejera técnica opinó que existían terceros significativos que podrían compartir el cuidado de la niña a los que no se evaluó. Indica que en este mismo espíritu, el artículo 8 del Reglamento de la Ley de Adopción dispone que los programas de adopción deben orientar y apoyar a las familias de origen con el propósito precisamente de procurarles herramientas para



ejercer su rol, de manera que la adopción se produzca sólo en eventos excepcionales en que aquello no se logra o no existe.

Tocante a la infracción de los artículos 7.1 y 9.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, que tratan del derecho al nombre y a la nacionalidad y el derecho a no ser separados de sus padres, salvo casos excepcionales que indica, respectivamente, señala que la adopción debe ser la *ultima ratio* y destaca el vínculo afectivo que existe entre la niña y sus padres, lo que se demostraría, además, con lo dispuesto en la propia sentencia impugnada, que establece que, en su oportunidad, la entidad que corresponda deberá agotar la posibilidad de que quienes la adopten, estén dispuestos o abiertos a permitir el contacto con sus padres biológicos, para lo cual deberá acreditarse que se ha preguntado a todos los que conforman el registro de personas interesadas en la adopción –cualquiera sea su orden de prelación– y que no hubo nadie dispuesto a ello. Lo anterior implica que su separación podría ocasionarle un fuerte daño.

En relación a la vulneración a lo dispuesto en los artículos 5, 18.1 y 27.2 de la misma Convención, lo cierto es que parece haber un error de transcripción, porque al desarrollar dicho capítulo se refiere a los artículos 8.2, 18.2 y 27.3 del citado instrumento, que regulan una serie de obligaciones del Estado para colaborar con las familias y promover el ejercicio de sus roles parentales, indicando que no se cumplieron en este proceso, puesto que el trabajo realizado con los padres no era el que ellos necesitaban, dadas sus especiales condiciones, en particular las de la madre, quien, se acreditó, posee un retardo mental leve a moderado, es iletrada y tiene características de personalidad dependiente y no obstante todo aquello, logró avances que le permitieron llegar al hogar con regularidad y vincularse con su hija. Destaca las contradicciones en que a ese respecto incurrió una psicóloga de Grada al declarar en el juicio y que develaría que no se hizo el seguimiento que correspondía a los programas en que los padres fueron derivados, existiendo un trabajo meramente formal.

Sobre los artículos 16 de la ley 19.968 y 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, que consagran el interés superior del niño, refiere que es



un principio rector en materias de adopción y que, no obstante ser un concepto jurídico indeterminado, debe apreciarse en cada caso concreto de manera de lograr que se tomen las medidas que resulten más aconsejables para la protección de sus derechos fundamentales y posibilitar la satisfacción de todos sus requerimientos orientados al desarrollo de su personalidad en un ambiente de afecto, contención y formación integral.

En lo concerniente al artículo 12 de la ley 19.620, señala que con respecto al abandono, la causal es absolutamente infundada ya que consta que desde el ingreso de la niña al Hogar los padres siempre tuvieron contacto con ella, el que fue aumentando con el tiempo al punto en que hoy ella los reconoce como padres, de manera que esta primera causal invocada en la demanda hace dudar de la veracidad y seriedad de los antecedentes planteados en la demanda, haciendo ver que en la propia demanda se reconoce que este abandono se verifica respecto de la familia extensa.

Al abordar la infracción al artículo 32 de la ley 19.968, la parte recurrente manifiesta que se transgredió la regla de la sana crítica que obliga a tomar en cuenta los conocimientos científicamente afianzados, puesto que la sentencia impugnada fundamenta su valoración bajo los mismos argumentos que la sentencia de primera instancia, haciendo luego una referencia al motivo décimo cuarto relativo a que “acredita todo lo contrario, que a pesar de haber ambos padres cumplido con todo lo que se les pidió y que generaron vínculo con su hija...”

En cuanto a la infracción de los numerales 3, 6 y 7 del artículo 42 de la ley 16.618, refiere lo que señala cada uno de ellos, y luego se pregunta cuáles son los actos de negligencia que se le imputan a los padres de la niña y de qué forma se trabajó con ellos para reparar esas conductas y promover el derecho de la niña a vivir con su familia de origen. Indica que los padres llegaron al hospital con ésta por un cuadro de coqueluche y atendido que tiene dos hermanas que fueron adoptadas previamente, la institución solicitó una medida de protección, habiendo constatado, además, las malas condiciones habitacionales de la familia; en ese escenario, explica, se realizó



un plan de intervención que consideró tres aspectos –fortalecimiento de competencias parentales, siendo derivados al Cosam y Cenfa; mantener vinculación con la niña, y mejorar las condiciones habitacionales– todos los cuales cumplieron efectivamente, detallando el modo en que éstos se ejecutaron. Concluye que a los padres no les falta motivación y que, de hecho, se movilizaron para hacer cambios que les permitieran tener el cuidado de la niña, no obstante, el problema sería que no se hizo el trabajo que realmente necesitaban, considerando las circunstancias del caso, ya que a la madre, en particular, no le sirven los programas estándar de habilidades parentales, por lo que se infringió la norma citada.

Señala, por último, de qué forma las infracciones denunciadas influyeron en lo dispositivo del fallo.

Segundo: Que, para los efectos de resolver el presente recurso, resulta necesario consignar los siguientes hechos establecidos por la judicatura del fondo:

- La niña de iniciales A.K.P.F tiene tres años con siete meses de edad (a la fecha de la sentencia de primera instancia) y es hija de [REDACTED] y [REDACTED]
- A la edad de tres meses, la niña fue ingresada por medida de protección dictada por el tribunal de familia al hogar [REDACTED] donde se ha mantenido ininterrumpidamente hasta la actualidad;
- El motivo de la judicialización de la situación de la niña fue la denuncia hecha por el hospital Padre Hurtado en diciembre de 2014, cuando a consecuencia de la atención de salud de la niña por coqueluche, detecta los siguientes antecedentes: i) que la madre de la niña tendría otras dos hijas que fueron declaradas susceptibles de ser adoptadas; ii) que era víctima de violencia intrafamiliar de parte de su pareja y padre de la niña, [REDACTED] [REDACTED] iii) que había algunos antecedentes por probable abuso sexual por parte del señor [REDACTED] hacia la hijastra (sic) de la madre de la niña; y iv) que los padres vivían en una situación de precariedad económica o pobreza, sumado al síndrome del mal de Diógenes de la señora [REDACTED] lo cual estimó afectaría su normal desarrollo.



Respecto de los dos primeros antecedentes que motivaron la institucionalización, señala la sentencia que constan como elementos relevantes en la historia vital de los padres de la niña, evidenciándose un conjunto de antecedentes que dan cuenta de un situación de dependencia y desequilibrio en que se encuentra la señora [REDACTED] por la situación de poder que ejerce el señor [REDACTED] quien presenta un débil control de impulsos y reproche constante que hace a su pareja respecto de la institucionalización de la niña;

- Los padres han mantenido el contacto y vínculo afectivo inalterable con su hija desde su ingreso al hogar, visitándola regularmente. La madre padece de trastorno mental leve a moderado; pese a esto ha cumplido íntegramente con las intervenciones a que se comprometió y las que el tribunal ha dispuesto desde el 2015; ha modificado las circunstancias que originalmente determinaron la internación de su hija dentro de los márgenes que su discapacidad le permite, pero carece de redes de apoyo familiares para reforzar la crianza de la niña y no existe adulto responsable que pueda apoyarla en los cuidados de su hija, lo que resulta imprescindible dados los efectos que su discapacidad intelectual produce, en el contexto de su historia vital. El padre de la niña carece de interés genuino en asumir los cuidados de su hija, ya que desistió de los procesos de ayuda y reforzamiento de su rol parental, sin embargo actualmente y a propósito del término de este proceso de susceptibilidad de adopción ha cumplido con las derivaciones realizadas. Con la pericia evacuada por el Servicio Médico Legal se establece que es una persona aislada socialmente, que no es capaz de visualizar los factores de riesgo para su hija, no es empático ni reconoce sus defectos en cuanto a la situación que afecta a la niña, no ha sido capaz de generar una red de apoyo ni vínculos sociales estrechos con personas que puedan colaborar sus cuidados.

Respecto del trastorno que padece la madre, se establece que no es subsanable, por lo que a lo sumo puede aprender y dotarse de herramientas para favorecer su desempeño. Asimismo, la evidencia de una serie de circunstancias presentes en ella, que emergen de las pericias, relacionadas



con la precariedad habitacional, deprivación socio cultural, el que no sea capaz de visualizar los factores de riesgo para su hija, haya vivido históricamente en situación de alta vulnerabilidad, sea dependiente de su pareja y se vea expuesta a ejercicio de violencia, no pueda desarrollar estrategias adecuadas de crianza y protección, su falta de instrucción formal y las deficiencias para aprender conductas básicas para cualquier persona, como hábitos de aseo y rutinas elementales, o sea incapaz de reflexionar acerca de sus conductas en relación a la crianza de su hija y la situación en que se encuentra, se inscriben o son esperables en una persona con su grado de incapacidad.

Ha habido un esfuerzo de los padres para mejorar su situación habitacional, ya que se trasladaron a otra vivienda en [REDACTED] que posee mejores condiciones que el lugar anterior; y la señora [REDACTED] ha iniciado gestiones para obtener un subsidio habitacional.

Tercero: Con base en los hechos asentados, la sentencia de primera instancia, asumida íntegramente por la impugnada, reflexiona acerca del significado del principio de subsidiariedad, que obliga a la judicatura a verificar los antecedentes en que se apoya la solicitud de declaración de susceptibilidad y, en especial, la imposibilidad de disponer de otras medidas que permitan la permanencia de la niña en su familia de origen, advirtiendo que coexiste, en este caso, un conjunto de principios y derechos relacionados con la situación de discapacidad de la madre, que la hacen gozar de la protección que consagra la Convención Internacional de Derechos de las Personas con Discapacidad, concluyendo que éstos deben armonizarse, en la medida que ello no sea incompatible con el principio del interés superior de la niña, el que debe imponerse en caso de colisión. Luego analiza las causales invocadas por la solicitante, contenidas en las hipótesis contempladas en el artículo 12 de la ley 19.620, en sus numerales 1 y 2, el primero de los cuales en relación al artículo 226 del Código Civil y 42 de la ley 16.618, en sus números 3, 6 y 7, descartando que se configuren las de los números 3 y 6, ya que en el caso del numeral tercero –no haber velado por la crianza, cuidado personal y educación de A.K.P.F– no es posible



reprochar tales conductas a los padres de la niña, ya que el ingreso de ésta a la red de institucionalización fue originada por la denuncia del Hospital Padre Hurtado y motivada por factores que no les son imputables, básicamente, porque deca relación con pobreza estructural y vulnerabilidad social, especialmente de la madre, ejercicio de violencia en su contra y fundamentalmente la discapacidad que padecía, factores todos, salvo la violencia, que estarían proscritos como fundamento de una medida de internación; indica, a tal efecto, que la hipótesis del numeral tercero exige una conducta intencionada y positiva de los padres, lo que aquí no estaría presente, máxime que no obstante la internación de su hija no han dejado de vincularse con ella en forma regular. En el caso del numeral sexto, que se refiere a casos en que se hubiere maltratado, dado malos ejemplos o cuando la permanencia de la niña en el hogar de sus padres constituye un peligro para su moralidad, señala el fallo que la prueba aportada no permite siquiera vislumbrar algún atisbo de tales conductas y, en todo caso, razonando en relación al alcance de la "moralidad" exigida por la norma, indica que lo que se espera de los padres en relación al cuidado de sus hijos dice relación con la preocupación por su salud, bienestar físico y material, afecto, entrega de valores, protección e integridad entre otros, en definitiva, lo que se conoce como ejercicio de una "parentalidad adecuada", respecto de lo cual la solicitante no ha aportado evidencia de cómo los hechos invocados se encuadran con las hipótesis normativas indicadas. Asimismo, en cuanto a la causal del artículo 12 N°2, que dice relación con el hecho de que los padres no le proporcionen atención personal o económica durante el plazo de dos meses a la niña, el tribunal resuelve que tampoco se verifica, ya que A.K.P.F. ingresó a Grada por decisión de un tribunal como parte de una medida de protección adoptada en el año 2015, de modo que faltaría la voluntariedad de los padres; por otra parte, señala que se acreditó la asistencia regular a las visitas por parte de los padres, manteniendo un vínculo permanente en el tiempo, que descarta la falta de apoyo personal.



Justificada la decisión de rechazar las causales antes indicadas, la sentencia estima procedente la hipótesis del artículo 42, numeral 7) de la ley 16.618, esto es, "...cuando cualesquiera otras causas coloquen al menor en peligro material o moral", en relación al artículo 12 N°1 de la ley 19.620. Luego de establecer que se trata de una causal genérica, residual de una serie de conductas que deben ponderarse al momento de determinar si superan el estándar de inhabilidad exigido, así como que la situación de peligro debe entenderse de manera amplia, como sinónimo de obstáculos o situaciones que objetivamente aumenten la inminencia de daño para la niña, el tribunal estima que dado los hechos acreditados, la situación de vulnerabilidad extrema de la madre, además de su discapacidad, a pesar de que ella no desea causar daño a su hija, podría llegar a hacerlo involuntariamente, porque ejerce la parentalidad que sus particulares condiciones le permiten. Reprocha que el Estado no le haya prestado el apoyo que necesita para remover esos obstáculos, lo que considera se agrava por la falta de redes familiares de ella y su pareja que colaboren en el cuidado y crianza de su hija; aprecia que está irremediablemente sola en esa tarea y que es dependiente de su pareja en una relación desigual, concluyendo que el Estado ha fallado al no proveer los mecanismos para materializar los derechos de las personas con discapacidad, especialmente cuando se trata de apoyarlas a conservar la custodia de sus hijos. En ese contexto, considerando la edad de la niña, la larga institucionalización que mantiene y la inexistencia de figuras significativas que puedan colaborar en el mantenimiento en su familia de origen, concluye que "colocar nuevamente a la niña en el hogar con sus padres, no puede sino significar para ella situaciones de riesgo que ni la madre ni el padre son capaces de visualizar y generar estrategias para garantizar su seguridad", aludiendo a cuestiones básicas que menciona el peritaje del Servicio Médico Legal, que resaltan como riesgos para la niña y se relacionan con la discapacidad de la madre. Puestos así enfrente los derechos de la madre y los derechos de la niña a poder tener efectivamente una familia donde pueda insertarse y crecer, dejando atrás la larga institucionalización, estima que debe



prevalecer el interés superior de la niña para que pueda acceder a oportunidades reales de ser adoptada por una familia que vele por su protección, necesidades y desarrollo integral.

Con todo y, entendiendo que el interés superior de A.K.P.F. exige abordar el tema desde un enfoque de protección integral, en cuanto a armonizar su derecho a ser restituida a un entorno familiar, con una identidad en que ambos padres son figuras significativas, decide que lo más beneficioso para ella es ser adoptada por una familia o persona que le permita mantener sus vínculos familiares, tarea que los servicios correspondientes pueden ejecutar sobre la base de una búsqueda eficiente de candidatos, en razón de lo cual declara la susceptibilidad de adopción de A.K.P.F, con la condición especial ya señalada en la parte expositiva.

Cuarto: Que las infracciones de ley denunciadas en los dos primeros capítulos, tienen un fundamento común, en la medida que hacen consistir los yerros en la vulneración del principio de subsidiariedad de la adopción y en la necesidad de utilizar dicha institución como “última ratio”, lo que, a juicio de la parte recurrente, se produjo al haber declarado la susceptibilidad de adopción de la niña sin considerar que sus padres han forjado una genuina vinculación con su hija, producto de las visitas regulares a su lugar de internación y han cumplido todas las exigencias que se le impusieron en la causa proteccional, por lo que deberían haberse agotado todas las posibilidades existentes para fortalecer sus competencias parentales, de modo de permitir que la niña sea restituida a su familia de origen. Asimismo, los pretendidos yerros denunciados tienen directa relación con la vulneración que también acusa a las normas de la Convención sobre los Derechos del Niño —a saber, artículos 8.2, 18.2 y 27.3— en el sentido que el Estado no habría procurado los medios adecuados para apoyar a los padres en los cambios que necesitaban, ya que se les ofrecieron programas estándar que no se avienen con su especial situación, fundamentalmente, la discapacidad de la madre, lo que redundaba en un cumplimiento meramente formal de las obligaciones contraídas como Estado Parte. En este contexto, se deberá analizar la infracción al interés superior de la niña, también



denunciado en el recurso, en la medida que, a su juicio, éste no se satisface con la solución adoptada por la sentencia impugnada, sino que se alcanzaría sólo si se restituye a la niña al núcleo familiar de origen y, en razón de lo anterior, es que sostiene que el Estado ha incumplido su obligación de procurar los medios adecuados para apoyar a los padres en los cambios que necesitaban para desempeñar las labores de crianza de la niña. En consecuencia, se procederá a hacer un análisis conjunto de dichos capítulos de nulidad.

De acuerdo a lo preceptuado en el artículo 1º, inciso primero, de la ley 19.620, “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”. Lo anterior está en concordancia con lo que dispone el artículo 15 del mismo cuerpo legal, que obliga a la judicatura a resolver sobre “la veracidad de los hechos y circunstancias que se invocan al solicitar la declaración de susceptibilidad, en especial la imposibilidad de disponer de otras medidas que permitan la permanencia del mismo en la familia de origen y las ventajas que la adopción representa para él”. Esto significa, ciertamente, que la familia de origen tiene una preferencia desde el punto de vista legal, lo que implica que debe hacerse todo lo necesario para mantener al niño dentro de ese núcleo familiar, y sólo si, ponderados los antecedentes, se concluye que aquello no es una alternativa viable, debe darse curso a la susceptibilidad de adopción, lo que evidencia que su aplicación es subsidiaria y debe estar sustentada en las ventajas que ella reportará al niño o niña, bajo el supuesto de que la separación de sus padres resulta necesaria para su interés superior.

A su turno, de acuerdo a lo previsto en el artículo 7.1. de la Convención sobre los Derechos del Niño, “El niño (...) tendrá derecho, desde que nace, a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos”; en tanto, el



artículo 9.1. agrega que “Los Estados velarán porque el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando a reserva de revisión judicial las autoridades competentes determinen (...) que tal separación es necesaria en el interés superior del niño”, dando como ejemplo, “en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres”. En concordancia con lo anterior, los artículos 8.2, 18.2 y 27.3, de la misma Convención, también denunciados por la parte recurrente, imponen las siguientes obligaciones a los Estados Partes: 8.2) prestar asistencia y protección apropiadas, con miras a establecer la identidad del niño cuando haya sido privado ilegalmente de ésta; 18.2) ofrecer a los padres la asistencia apropiada para desempeñar las labores de crianza del niño; y 27.3) adoptar medidas apropiadas para ayudar a los padres a dar efectividad al derecho del niño a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social.

Por otra parte, como advierte la sentencia impugnada, el caso no puede ser resuelto sin tener presente la condición de la madre, que requería de una especial protección para hacer posible el ejercicio de la custodia de su hija, bajo estándares que el Estado se ha comprometido al suscribir la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

En efecto, de acuerdo a la Convención antes señalada, como obligación general, los Estados Partes se comprometen a asegurar y promover el ejercicio de todos los derechos humanos y libertades fundamentales de las personas con discapacidad, sin discriminación alguna por motivos de discapacidad (art.4); y en forma específica, en el capítulo sobre igualdad y no discriminación, establece que prohibirán toda discriminación por motivos de discapacidad y garantizarán a todas las personas con discapacidad protección legal igual y efectiva contra la discriminación por cualquier motivo, conminando a adoptar todas las medidas pertinentes para asegurar la realización de ajustes razonables (art.5).



Asimismo, y particularmente por lo que interesa al caso, se debe destacar que “los Estados partes reconocen que las mujeres y niñas con discapacidad están sujetas a múltiples formas de discriminación y, a ese respecto, adoptarán medidas para asegurar que puedan disfrutar plenamente y en igualdad de condiciones de todos los derechos humanos y libertades fundamentales”, comprometiéndose a tomar todas las medidas pertinentes para asegurar el pleno desarrollo, adelanto y potenciación de la mujer, con el propósito antes indicado (art.6). Por su parte, el artículo 23, que aborda el respeto del hogar y de la familia, señala que los Estados Partes: N°1) “Tomarán medidas efectivas y pertinentes para poner fin a la discriminación contra las personas con discapacidad en todas las cuestiones relacionadas con el matrimonio, la familia, la paternidad y las relaciones personales y lograr que las personas con discapacidad estén en igualdad de condiciones con los demás, a fin de asegurar que: a) se reconozca el derecho de todas las personas con discapacidad en edad de contraer matrimonio a casarse y fundar una familia sobre la base del consentimiento libre y pleno de los futuros cónyuges”; N°2) “Garantizarán los derechos y obligaciones de las personas con discapacidad en lo que respecta a la custodia, la tutela, la guarda, la adopción de niños o instituciones similares, cuando esos conceptos se recojan en la legislación nacional; en todos los casos se velará al máximo por el interés superior del niño. Los Estados Partes prestarán la asistencia apropiada a las personas con discapacidad para el desempeño de sus responsabilidades en la crianza de sus hijos”. N°4) “Asegurarán que los niños y niñas no sean separados de sus padres contra su voluntad, salvo cuando las autoridades competentes, con sujeción a un examen judicial, determine de conformidad con la ley y procedimientos aplicables, que esa separación es necesaria en el interés superior del niño. En ningún caso se separará a un menor de sus padres en razón de una discapacidad del menor, de ambos padres, o de uno de ellos”.

Quinto: Que, previo al análisis que se haga en relación a la transgresión de las normas que el recurso estima infringidas, resulta necesario destacar el contexto en que se desarrolla la controversia sometida



al conocimiento de este tribunal, que fluye de los hechos establecidos en el proceso, y que evidencia las múltiples formas de discriminación a que se ha visto expuesta la madre de la niña a través de su vida, como mujer discapacitada, en situación de pobreza y víctima de violencia, lo que ha lesionado gravemente su dignidad como persona e impedido que pueda disfrutar plenamente y, en condiciones de igualdad, de todos los derechos y libertades que la Convención Internacional de Derechos de las personas con Discapacidad hoy pretende asegurarle.

Esta es una realidad a la que –según la propia Convención reconoce– las mujeres y niñas con discapacidad con frecuencia se ven expuestas, en especial, al riesgo mayor de sufrir violencia, abusos, abandono o trato negligente, y que en gran medida se encuentra vinculada a las barreras que la sociedad impone, producto de una actitud prejuiciosa que evita e impide su plena participación en sociedad, en condiciones de igualdad con los demás y que termina por normalizar una conducta que las excluye o deja en el abandono, que no las ve ni toma en cuenta sus capacidades ni su dignidad como personas.

A la hora de evaluar, entonces, si los órganos del Estado cumplieron con su deber de apoyar a los padres para que la niña se mantenga en su núcleo de origen, se observa que éstos cumplieron con las cargas impuestas, fundamentalmente la madre, quien se apegó estrictamente a lo solicitado, evidenciando progresos en cuanto a su desempeño, no obstante las limitaciones propias de su discapacidad. Como ha quedado establecido, ella posee una discapacidad que –debido a la historia vital que el fallo describe– ha afectado su independencia y autonomía, careciendo de redes de apoyo, familiares o externas, que puedan contribuir en el cuidado de la niña. En ese contexto, resulta manifiesto que no era suficiente ofrecerle programas destinados a fortalecer sus habilidades parentales –los que de hecho realizó íntegramente, sin lograr los estándares esperados para estimarla habilitada para tener el cuidado de la niña– sino que era crucial, trabajar aquellos aspectos particulares que dada su condición necesitaba fortalecer y, ante la carencia de un entorno social que pudiera colaborar en la crianza,



proporcionarle derechamente la asistencia necesaria para desempeñar esa responsabilidad, dimensión que no consta haya sido explorada por los órganos intervinientes. La situación descrita evidencia que las decisiones tomadas no fueron acertadas, puesto que no se hicieron cargo de que la madre necesitaba programas especiales, que permitieran un mayor desarrollo de su autonomía y que, además, ambos padres requerían ser sometidos a un trabajo que visibilizara la violencia ejercida por el varón en relación a su pareja y modelara una conducta respetuosa de su condición como mujer y de sus limitaciones cognitivas, con miras precisamente a generar herramientas que potenciaran una nueva forma de relacionarse. La falta de previsión inicial de los requerimientos concretos de los padres de la niña, pudo ser reparada durante el largo tiempo en que ésta ha estado institucionalizada, en la medida que hubiera existido un seguimiento y control del desarrollo del programa, con ánimo cierto de crear las condiciones apropiadas para que la niña pudiera permanecer al cuidado de sus padres, especialmente al ser notorios los esfuerzos de la madre por superar sus competencias y el vínculo de afecto generado en relación a su hija, no obstante, los resultados observados dan cuenta de que aquello no se verificó.

En tal circunstancia, cabe concluir que el Estado –a través, en este caso, de los organismos acreditados ante el Servicio Nacional de Menores– no ha cumplido con el deber que le imponen no solo las normas internacionales indicadas en el recurso, sino aquellas relativas a la protección de las personas con discapacidad y también las de derecho interno que regulan las obligaciones de dichos organismos en relación al apoyo y orientación que deben prestar a la familia de origen del menor, en el contexto de un proceso de adopción (artículo 7 de la ley 19.620). Corolario de lo anterior es que, si bien la sentencia impugnada –consciente de la complejidad del asunto– ha buscado una modalidad inédita para evitar la separación definitiva y total de la niña con sus padres, ha obviado el mandato que el artículo 1º, en relación al artículo 15 de la ley 19.620 le imponen, en el sentido de dar curso a la susceptibilidad de adopción sólo



cuando se hubieren agotado las medidas que permitan la permanencia de la niña en su familia de origen, como consecuencia del principio de subsidiariedad de la adopción, en virtud del cual ésta debe operar una vez que se concluya que la familia de origen está imposibilitada de brindarle afecto y los cuidados tendientes a satisfacer sus necesidades de todo orden. Es cierto que la sentencia resuelve apremiada por el dilema de que esperar cambios en la aptitud de los padres prolongará una ya larga institucionalización a que se ha visto sujeta la niña, sin embargo, actuar de ese modo permite, de alguna manera, que el Estado no asuma la responsabilidad que le cabe en el desarrollo de políticas y programas apropiados para lograr que los niños y niñas que son hijos o hijas de un padre o madre con discapacidad se mantengan en el núcleo familiar de origen, aceptando, como ocurre en este caso, que se continúe discriminando a una mujer por el sólo hecho de su discapacidad, a lo que se suma su situación de pobreza y vulnerabilidad, al impedir que tenga acceso a programas que le permitan desempeñar las labores de crianza de su hija, lo que lesiona su dignidad como persona.

Sexto: Que en relación a una eventual infracción del interés superior de la niña, en este caso concreto, cabe señalar que si bien *prima facie* podría entenderse que, en las condiciones actuales, el mayor beneficio lo obtendría haciendo lugar a la susceptibilidad de adopción, dado el tiempo de institucionalización y el peligro de que sufra algún daño involuntario de ser entregada a sus padres, es lo cierto que al no haberse agotado las posibilidades de trabajar con la familia de origen para que se mantenga a su cuidado, acoger la susceptibilidad significa hacer cargar a la niña con la negligencia del Estado, en el sentido que se le priva de la posibilidad de crecer en el seno de su familia y, en especial junto a su madre, a quien reconoce y con quien ha desarrollado un vínculo de apego, lo que ciertamente lesiona o es contrario a su interés superior, sobre todo teniendo presente las especiales condiciones que comparecen en la especie, cual es que los padres —y fundamentalmente la madre— han demostrado un genuino interés en mantener y desarrollar el vínculo con su hija, y que la propia



sentencia impugnada descarta todas las causales invocadas por la institución solicitante que dicen relación con la negligencia de sus padres y sólo valida la última, residual, que se refiere a cualquier otra situación que ponga en riesgo moral o material a la niña, no obstante advertir que en ningún caso sería proveniente de la voluntad de sus padres. En consecuencia, apartar a la niña del cuidado de éstos, no contribuye a satisfacer su interés superior, en la medida que clausura el desarrollo de una opción que le puede permitir ser restituida a su entorno familiar, y conectar con sus raíces, siempre que el Estado cumpla con su responsabilidad de prestarle la asistencia que requiere.

Séptimo: Que las reflexiones anteriores conducen a acoger el recurso de invalidación sustancial en estudio.

Por estos fundamentos, disposiciones legales citadas y lo preceptuado en los artículos 764, 765 y 767 del Código de Procedimiento Civil, **se acoge** el recurso de casación en el fondo interpuesto por la Corporación de Asistencia Judicial en representación de doña [REDACTED] y don [REDACTED] en contra de la sentencia de tres de enero de dos mil diecinueve, dictada por la Corte de Apelaciones de Santiago, en autos [REDACTED] RUC [REDACTED] del Segundo Juzgado de Familia de Santiago, la que, en consecuencia, se invalida y se procede a dictar, acto continuo y en forma separada, la sentencia de **reemplazo** que corresponda.

Redactó la ministra Andrea Muñoz S.

Regístrese
[REDACTED]

Pronunciado por la Cuarta Sala de la Corte Suprema integrada por los Ministros señor Ricardo Blanco H., señoras Gloria Ana Chevesich R., Andrea Muñoz S., María Angélica Cecilia Repetto G., y la abogada integrante señora Leonor Etcheberry C. Santiago, diecinueve de febrero de dos mil veinte.



RICARDO LUIS HERNAN BLANCO
HERRERA
MINISTRO
Fecha: 19/02/2020 12:58:06

GLORIA ANA CHEVESICH RUIZ
MINISTRA
Fecha: 19/02/2020 12:58:06

ANDREA MARIA MERCEDES MUÑOZ
SANCHEZ
MINISTRA
Fecha: 19/02/2020 12:58:07

MARIA ANGELICA CECILIA REPETTO
GARCIA
MINISTRA
Fecha: 19/02/2020 12:58:07

ROSA MARIA LEONOR ETCHEBERRY
COURT
ABOGADO INTEGRANTE
Fecha: 19/02/2020 13:11:39



Autoriza el Ministro de Fe de la Excma. Corte Suprema

MARCELO DOERING CARRASCO
MINISTRO DE FE
Fecha: 19/02/2020 13:26:23

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

MARCELO DOERING CARRASCO
MINISTRO DE FE
Fecha: 19/02/2020 13:26:23

Este documento tiene firma electrónica y su original puede ser
validado en <http://verificadoc.pjud.cl> o en la tramitación de la causa.
En aquellos documentos en que se visualiza la hora, esta
corresponde al horario establecido para Chile Continental.



Autoriza el Ministro de Fe de la Excma. Corte Suprema

MARCELO DOERING CARRASCO
MINISTRO DE FE
Fecha: 19/02/2020 13:26:24

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

MARCELO DOERING CARRASCO
MINISTRO DE FE
Fecha: 19/02/2020 13:26:25

Este documento tiene firma electrónica y su original puede ser
validado en <http://verificadoc.pjud.cl> o en la tramitación de la causa.
En aquellos documentos en que se visualiza la hora, esta
corresponde al horario establecido para Chile Continental.

