

Santiago, quince de diciembre de dos mil quince.

Vistos:

En autos número de RIT A 49 2013, RUC 13 2 0488954 0, seguidos ante el Juzgado de Familia de La Serena, por sentencia de once de noviembre de dos mil catorce, se declaró que es susceptible de ser adoptada la niña Y.C.V.R., nacida el 1 de mayo de 2012, inscrita en el Registro Civil e Identificación de la circunscripción de La Serena bajo el número 1.282, registro S de 2012; la que fue confirmada por una sala de la Corte de Apelaciones de dicha ciudad por sentencia de once de marzo último, que compulsada está agregada a fojas 34.

En contra de esta última decisión la parte requerida dedujo recurso de casación en el fondo, denunciando la vulneración de una serie de normas legales, y solicita que se lo acoja y se anule la sentencia impugnada, acto continuo, separadamente y sin nueva vista, se dicte una de reemplazo que revoque la de primera instancia desestimándose la solicitud de declaración de susceptibilidad de adopción de Y.C., con costas.

Se trajeron los autos en relación.

Considerando:

1° Que la recurrente denuncia la infracción de lo dispuesto en el artículo 5° inciso segundo de la Carta Fundamental, que reconoce como límite al ejercicio de la soberanía el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, siendo deber del Estado respetar y promover tales derechos que garantiza, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile, que se encuentren vigentes, entre ellos, la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y, en concreto, acusa que se vulneró lo que disponen sus artículos 6 números 1 y 2, 7 número 1 y 23 números 2 y 4; artículo 12 N° 1 de la Ley N° 19.620, sobre adopción; y artículo 9 de la Ley N° 20.422, que establece normas sobre igualdad de oportunidades e inclusión social de personas con discapacidad.

Sostiene que se verificó la infracción a lo que previene el artículo 5° de la Constitución Política de la República, porque no se aplicaron las normas que protegen los derechos de personas con discapacidad contenidas en la Convención Internacional sobre Derechos de las Personas con Discapacidad y que está ratificada por Chile y se encuentra vigente, y que están recogidas expresamente en la Ley N° 20.422, que establece normas sobre igualdad de oportunidades e inclusión social de personas con discapacidad, lo que importa vulnerar lo que dispone el artículo 6 N° 1 y 2 de dicha convención que establece, en relación a mujeres con discapacidad, lo siguiente: "1. 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.

2. Los Estados Partes tomarán todas las medidas pertinentes para asegurar el pleno desarrollo, adelanto y potenciación de la mujer, con el propósito de garantizarle el ejercicio y goce de los derechos humanos y las libertades fundamentales establecidos en la presente Convención".

Afirma que el mandato es claro y perentorio y no está dirigido sólo al Poder Ejecutivo y Legislativo, sino que también al órgano jurisdiccional como integrante del Estado. En la especie, no se cumplió porque no se adoptó ninguna medida tendiente a proteger los derechos de la parte requerida, madre y abuela de la niña, porque no se tuvo en consideración las capacidades intelectuales disminuidas, y no se las derivó a ningún programa idóneo que permitiera el ejercicio pleno del derecho que les asiste de tener el cuidado personal de su hija y nieta, respectivamente.

En cuanto a lo dispuesto en el artículo 7 N° 1, señala que establece que "Los Estados Partes tomarán todas las medidas necesarias para asegurar que todos los niños y las niñas con discapacidad gocen plenamente de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en igualdad de condiciones con los demás niños y niñas", y se infringió desde el momento que quedó demostrado que no se agotaron todas las instancias para asegurar el pleno goce por parte de la niña de sus derechos humanos y libertades fundamentales, en especial el derecho a no ser separada de su familia de origen. Las pruebas aportadas dejan de manifiesto la falta de una adecuada respuesta estatal frente a la situación especial en que se encuentra la familia materna, concretamente la madre y la abuela, y previo a declarar la susceptibilidad de la adopción era indispensable que se implementara un sistema de evaluación y apoyo a la familia que potenciara sus habilidades en torno al cuidado de la niña, lo que no se hizo; sólo a través de tales medidas se cumple con el mandato contenido en la Convención y se garantiza de manera efectiva que pueda gozar plenamente sus derechos fundamentales en el ámbito de sus relaciones de familia.

Respecto a lo dispuesto en el artículo 23 N° 2 que establece que "Los Estados Partes 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 los hijos", sostiene que se conculcó por la falta de respuesta estatal a las necesidades y requerimientos especiales de la familia materna, especialmente la madre y la abuela, para potenciar sus habilidades en el cuidado y crianza de la niña. Los programas de intervención aplicados no fueron apropiados o idóneos, no sólo porque no se consideró la situación especial de discapacidad, sino que también porque los sistemas de intervención aplicados fueron implementados por personas que reconocieron no tener capacitación en el área de la discapacidad, por lo que es dable concluir que los mecanismos aplicados son estándares, aplicables al común de las personas. En lo que respecta al numeral 4 de la misma disposición, que señala que "Los Estados Partes asegurarán que los niños y las niñas no sean separados de sus padres contra su voluntad, salvo cuando las autoridades competentes, con sujeción a un examen judicial, determinen, de conformidad con la ley y los 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", afirma que contiene una orden o mandato expreso para los Estados Partes: no separar a los hijos de sus padres salvo cuando el interés del hijo lo exija, y nunca separar a los menores de sus padres en razón de alguna discapacidad de uno o ambos progenitores. La infracción es evidente no solo desde el momento en que se declaró a Y. susceptible de ser adoptada, sino que cuando a través de una medida de protección se ordenó que desde sus primeros días de vida fuera separada de su madre y su familia e ingresada al CLA Santa María de la Infancia, reconociendo el Servicio Nacional de Menores que tal medida fue solicitada por las dudas que generaba el evidente déficit intelectual de la madre en orden a prodigar cuidados adecuados a su hija. Es decir, los organismos que forman parte de la Administración del Estado asumen que por el solo hecho de que una persona presente algún déficit intelectual en el caso de la madre de Y. calificada como deficiencia leve se encuentra inhabilitada para hacerse cargo de las necesidades de su hija; postura que constituye una abierta discriminación que la convención pretende eliminar.

En lo concerniente a lo dispuesto en el artículo 12 N° 1 de la Ley 19.620, afirma que se conculcó porque la inhabilidad física o moral a que alude debe estar acreditada fehacientemente, y debe ser insuperable o irreversible, ya que se debe interpretar en armonía y en concordancia con la normativa nacional y extranjera aplicable en la materia, y especialmente tomando en consideración la situación de los padres. Entonces, para que proceda la declaración de que se trata se debe estar frente a un caso en que la madre y la familia extensa carezca de las habilidades necesarias para hacerse cargo del cuidado del niño, que debe ser definitiva, es decir, debe estar descartada toda posibilidad de que pueda ser subsanada bajo un programa de intervención adecuado o apropiado a la realidad de la madre y de la familia en general; criterio o parámetro que no se aplicó en la especie.

Por último, el artículo 9 de la Ley N° 20.422 establece que "El Estado adoptará las medidas necesarias para asegurar a las mujeres con discapacidad y a las personas con discapacidad mental, sea por causa psíquica o intelectual, el pleno goce y ejercicio de sus derechos en condiciones de igualdad con las demás, en especial lo referente a su dignidad, el derecho a constituir y ser parte de una familia, su sexualidad y salud reproductiva.

Asimismo, el Estado adoptará las acciones conducentes a asegurar a los niños con discapacidad el pleno goce y ejercicio de sus derechos, en especial el respeto a su dignidad, el derecho a ser parte de una familia y a mantener su fertilidad, en condiciones de igualdad con las demás personas.

De igual modo, el Estado adoptará las medidas necesarias para evitar las situaciones de violencia, abuso y discriminación de que puedan ser víctimas las mujeres y niños con discapacidad y las personas con discapacidad mental, en razón de su condición". Y, en este caso, se infringió porque no se adoptó ninguna medida tendiente a asegurar el pleno goce del derecho a constituir y ser parte de una familia, derecho que tampoco se respetó respecto de la niña Y., ya que la sentencia implica separarla definitivamente de su familia; es más, en los hechos nunca se ha permitido que se integre al grupo familiar materno del cual forma parte, ya que fue separada de él desde sus primeros días de vida.

Concluyen que todas las infracciones denunciadas tienen influencia sustancial en lo dispositivo del fallo, porque de haberse aplicado correctamente la normativa señalada se habría rechazado la solicitud impetrada por el Servicio Nacional de Menores.

Solicita, en definitiva, se acoja el recurso y se anule la sentencia impugnada, acto continuo, sin nueva vista y separadamente, se dicte la de reemplazo que rechace la solicitud de que se declare a la niña Y. susceptible de ser adoptada, con costas; 2° Que en la sentencia se determinaron como hechos, los siguientes:

La niña Y.C.V.R. nació el 1 de mayo de 2012, es hija de filiación no matrimonial de don F.S.V.M. y de doña Y.S.R.H., y desde junio de 2012 está internada en un hogar.

El padre de Y.C. no ha realizado ninguna actividad tendiente a poner término a la prolongada internación que afecta a su hija, y durante el año 2014 solo la visitó en tres oportunidades.

La madre ha visitado a su hija pero sin lograr constituirse en un referente afectivo y nutricional, presentando dificultades para conectarse con las necesidades de ella, incurriendo en conductas inapropiadas e incluso riesgosas, y pese al prolongado tiempo de internación y a la intervención de diferentes programas, entre ellos, de la residencia, de la escuela especial Kona Varua y del PAD Alelí, no ha logrado avanzar en una estrategia que permita el reintegro de la niña a su familia de origen, manteniendo comportamiento de alto riesgo, con un ejercicio irresponsable y al parecer promiscuo de su sexualidad, dificultades reiteradas en la mantención de una higiene adecuada, comportamientos disruptivos tales como deserción escolar, abandonos temporales del hogar materno, interrupción de tratamiento de epilepsia, no acatamiento de normas y límites establecidos por la jefa del hogar, y La abuela de la niña, doña M.H.T., se encuentra en la misma situación de su hija, pues ha sido negligente en la crianza de su prole, permitiendo que se hayan visto expuestas a situaciones de vulneración en el ámbito sexual y de violencia intrafamiliar, sin perjuicio de la interrupción de la inserción escolar y tratamientos médicos. La condición de privación sociocultural y aceptación de patrones de negligencia y abuso es una característica común al grupo familiar y traspasa generaciones.

3° Que los sentenciadores del fondo, sobre la base de dichos presupuestos fácticos, concluyeron, en primer lugar, que el padre de Y. no ha desempeñado su rol, en los términos previstos en la ley, durante todo el tiempo que su hija ha permanecido internada, conformándose con la situación que enfrenta, lo que aparentemente le acomoda, dejando que sea un tercero, esto es, el hogar, que se haga cargo de su cuidado personal y educación, por lo que, a su respecto, concurre la causal prevista en el artículo 12 número 1 de la Ley N° 19.260. En segundo lugar, que la madre no cuenta con las habilidades que le permitan hacerse cargo de los cuidados de su hija, porque su permanente situación de exposición a riesgos de todo orden, derivado principalmente del entorno de privación sociocultural en que fue criada, constituye una inhabilidad moral para asumir la crianza, por lo que también se configuró la causal invocada para que se declare que la niña es susceptible de adopción. Y, en tercer lugar, que la abuela materna no cuenta con las competencias para hacerse cargo de la niña, sobre todo que no pudo erigirse en figura de autoridad frente a sus dos hijas, las que pueden incurrir en conductas que pongan en riesgo material o moral a la niña Y.; razón por la que no es posible mantenerla en su familia de origen.

Además, si bien concuerdan que ha habido una falta de respuesta estatal a las necesidades de apoyo e intervención a la madre, que tenga en especial consideración sus distintas capacidades, dado que se reconoció la inexistencia de un programa que reúna las características de especialidad y trabajo a largo plazo que se requeriría para lograr eventualmente la habilitación de la madre, concluyen que esa carencia de respuesta estatal a la situación particular de un adulto no puede implicar que se condene a una niña de dos años a sufrir una prolongada institucionalización a la espera incierta, incluso improbable, de que su madre llegue en el largo plazo a adquirir competencias mínimas para asumir sus cuidados; sin perjuicio de que, además, también el grupo familiar requeriría de un apoyo permanente, porque por sus características psicológicas no logran internalizar patrones favorables al desarrollo de la niña.

En definitiva, coligen que es conveniente declarar que la niña es susceptible de ser adoptada dado las ventajas que la filiación adoptiva le proporcionará, porque le permitirá integrarse a un grupo familiar y contar con figuras parentales acogedoras, contenedoras y que entreguen protección y estimulación apropiadas a sus características propias, pues la niña cuenta con indicadores de un cierto retraso en su desarrollo psicomotor que requieren de una especial dedicación, lo que su madre y familia extensa no han podido aportar, y así desarrollarse en un ambiente de mayor estimulación y afecto, y establecer relaciones de apego significativas que redundarán en un adecuado desarrollo psicoafectivo, velando de este modo por su interés superior.

4° Que, en consecuencia, como puede advertirse lo que motivó la decisión que se impugna es la conducta indolente de la madre respecto de su hija, su comportamiento, calificado de altamente irresponsable, como también la presencia en el entorno de la familia materna de un contexto de privación sociocultural y tolerancia a modelos de abandono y abuso; conclusión a la que se arribó teniendo en consideración los hechos que se acreditaron con la prueba rendida en la audiencia de juicio, que no fueron materia de impugnación en

el recurso que se analiza. Por lo tanto, no fue su especial y distinta capacidad, esto es, su déficit intelectual leve, lo que condujo a la decisión que se refuta, como se sostiene por la parte recurrente para acusar una suerte de discriminación en que habrían incurrido los jueces del fondo; razón por la que se debe inferir que como dicha condición personal no fue determinante en la decisión adoptada, sino que resguardar el interés superior de la niña pues la filiación adoptiva le permitirá incorporarse a una familia que le proporcione afecto, protección y la estimulación que necesita por sus características propias, el recurso no puede prosperar.

Por estas consideraciones y de conformidad, además, en los artículos 764 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, se rechaza el recurso de casación en el fondo deducido en contra de la sentencia de once de marzo de dos mil quince, que compulsada se encuentra agregada a fojas 34.

Se previene que la ministra señora Muñoz, no comparte el juicio emitido en los motivos tercero y cuarto de la presente sentencia, en lo relativo a la afirmación de que las inhabilidades que afectan a la madre, para los efectos de configurar la causal de procedencia de la declaración de susceptibilidad de adopción de su hija, sean derivaciones de su contexto sociocultural, fruto del entorno de privación en que se desenvuelve, pues en su entender, dicho ambiente adverso, respecto del cual no puede asignársele a la recurrente responsabilidad alguna, no puede implicar per sé, una inhabilidad en el sentido expresado. Por lo demás, dicha conclusión, a la luz de los demás hechos asentados en la sentencia impugnada, aparece como innecesaria, y en todo caso, no influye en lo dispositivo del fallo.

Acordada con el voto en contra de los ministros Blanco y Chevesich, quienes fueron de opinión de acoger el recurso, por las siguientes consideraciones:

1° Que, conforme lo dispone el artículo 1 de la Ley N° 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 afecto y le procure los cuidados tendientes a satisfacer sus necesidades espirituales y materiales, cuando no puede ser proporcionado por su familia de origen; razón por la que se puede concluir que los principios esenciales que la informa son el de la "subsidiariedad" y el de la "prioridad de la familia biológica". Así lo señala expresamente el artículo 15 de la citada ley, pues dispone que debe hacerse todo lo posible para conseguir que el niño conserve su familia de origen biológica o extensa, por lo que la resolución judicial que lo declare en estado o vía de ser adoptado debe dictarse una vez que se haya establecido que es imposible disponer de otras medidas para mantenerlo en ella.

2° Que, por su parte, los artículos 6, número 2, y 7, número 1, de la Convención Internacional sobre derechos de las personas con discapacidad, prescriben que los Estados Partes deben tomar todas las medidas necesarias para asegurar a las mujeres con discapacidad el pleno desarrollo, adelanto y potenciación, con el propósito de garantizarles el ejercicio y goce de los derechos humanos y las libertades fundamentales que establece, y a los niños y niñas en iguales condiciones el goce pleno de dichos derechos y libertades, entre ellos, los que señala el artículo 23, números 2 y 4, que ordena garantizar los derechos y obligaciones de las personas con discapacidad en lo que respecta a la custodia, tutela, guarda, adopción de niños o instituciones similares, velándose al máximo por el interés superior del niño, debiendo prestárseles la asistencia apropiada para el desempeño de sus responsabilidades en la crianza de los hijos; y que los niños y niñas no sean separados de sus padres contra su voluntad, salvo que sea necesaria en el interés superior del niño, pero en ningún caso podrá ser en razón de una discapacidad del menor, de ambos padres o de uno de ellos. La citada normativa internacional se encuentra incorporada en la legislación nacional, concretamente en el artículo 9 de la Ley N° 20.422.

3° Que, en ese contexto, y siendo un hecho pacífico que las autoridades estatales competentes no cuentan con un programa de apoyo y de intervención que considere las capacidades particulares que presentan las madres atendida la discapacidad que sufren para poder asentar y/o reforzar las habilidades y destrezas parentales, y así comprometerlas en el cuidado personal de sus hijos, lo que les permitirá descubrir y apreciar lo importante que son para el desarrollo pleno de su prole, por lo mismo, que al no aplicarse a la madre de Y. un programa que reúna dichas características, sino uno propio de personas que no sufren una incapacidad, a juicio de los disidentes, no solo se infringieron las normas señaladas sino también los principios que informan la institución de que se trata, porque, en definitiva, no se adoptaron las medidas necesarias para evitar que la niña sea separada de su madre y, en un futuro cercano, reintegrarla a su familia de origen, como para que su progenitora pudiera desempeñar de manera competente el rol que le corresponde en la crianza de su hija.

4° Que, por lo tanto, los disidentes infieren que la madre y, consecuentemente, la familia de origen, quedaron descartadas por la deficiente actividad desarrollada por las autoridades llamadas a intervenir en un

proceso de susceptibilidad de adopción, lo que se traduce en un acto de discriminación motivado por la condición de discapacidad, que vulnera el derecho de la niña a estar con su madre y su familia de origen como el de la progenitora para cuidarla.

Regístrese y devuélvase.

Redactada por la Ministra Gloria Ana Chevesich Ruiz.

Pronunciado por la Cuarta Sala de la Corte Suprema, integrada por los Ministros señores Milton Juica A., Hugo Dolmestch U., Ricardo Blanco H., señoras Gloria Ana Chevesich R., y Andrea Muñoz S.