

**JURISPRUDENCIA DE CORTE SUPREMA
SOBRE LEY N° 21.430 EN
SUS PRIMEROS DOS AÑOS**

Compilación e introducción de Francisco Estrada Vásquez

Introducción

Francisco Estrada Vásquez

Las leyes, y los derechos que consagran, se asemejan a las creaturas engendradas en la literatura. Ambas cobran vida una vez se comienza a secar la tinta e inician su deambular, a paso lento al comienzo y, más adelante, ya a ritmo de carrera. En este comienzo de viaje, los actores del sistema de justicia, en especial la judicatura, desempeñan un rol muy importante corrigiendo errores, prefiriendo interpretaciones, iluminando zonas umbrosas, en fin, delineando los contornos de las nuevas creaturas.

Dos mil años después mantienen vigencia las palabras del jurista Celso: “Conocer las leyes no es conocer sus palabras sino su fuerza y su poder.”¹ El despliegue de ese poder se realiza, principal, aunque no exclusivamente, a través del trabajo judicial por excelencia, las sentencias. Aunque en nuestro sistema jurídico se presta una atención casi total a la ley, cercana más a la devoción religiosa que al estudio desprejuiciado, lo cierto es que son las sentencias las que van adjudicando derechos en cada caso en concreto y cumpliendo, en mayor o en menor medida, aquellas promesas que el legislador deja plasmadas en el Diario Oficial. Prestar atención, entonces, a lo que los tribunales han dicho sobre casos similares es una forma de razonar que merece una mayor valoración que la predominante en la comunidad jurídica.

En un amplio estudio sobre precedentes -que desafía muchos lugares comunes sobre el tópico- los profesores McCormick, Summers y Goodhart afirman que “[a]plicar lecciones del pasado para resolver problemas del presente y el futuro es una parte básica de la razón práctica humana.”² Los precedentes, entiende este estudio, son “decisiones previas que funcionan como modelos para decisiones posteriores”. En este sentido son aplicables también en nuestro sistema jurídico. Los precedentes autorizados -este sentido no cabe en nuestro ordenamiento- son “decisiones previas que, por alguna razón, se deben utilizar como modelos de gobierno para decisiones posteriores.”³

Además, atender a las soluciones entregadas previamente nos provee de una mayor igualdad. Enseña el profesor Vergara

¹ “Scire leges non esse verba earum tenere, sed vim ac potestatem”. Celso, *Digesto* 1, 3, 17.

² McCormick, N., Summers, R. y Goodhart A. (1997). *Interpreting precedents*. Routledge, p. 1.

³ McCormick, Summers y Goodhart (1997), p. 2.

Una jurisprudencia de precedentes es, en primer lugar, coherente con la igualdad ante el derecho, que es una garantía constitucional. Es una afectación a esa garantía el hecho de que los particulares, ante unos mismos hechos, básicamente idénticos, sean juzgados con una mano judicial distinta, que sean tratados con criterios judiciales diferentes. Eso, en términos institucionales, tiene un hábito de arbitrariedad.⁴

Con persuasión y sutileza Accatino corrobora esto añadiendo que del hecho de que los precedentes no sean una fuente de normas jurídicas no se sigue su irrelevancia.

Los precedentes judiciales podrían ser fuente de argumentos jurídicos si a las *rationes decidendi* expresadas en su fundamentación y, en particular, los criterios interpretativos adoptados en ella con respecto al sentido y el alcance de las disposiciones legales aplicadas, les fuera reconocido algún tipo de valor justificativo para la decisión de casos futuros.⁵

Desde una perspectiva de políticas públicas, Vargas, Peña y Correa alcanzan una conclusión del todo semejante

un cuerpo de precedentes en un área del derecho constituye un stock de bienes de capital, específicamente un stock de conocimientos acerca del producto de varios años de litigación. Esos conocimientos son aprovechados por los litigantes potenciales quienes, de esa manera, saben cuáles son sus obligaciones y sus probabilidades en un conflicto, situándose, así, en mejores condiciones para decidir si invertir o no, por ejemplo, en un litigio.⁶

Incluso Díaz aboga fundadamente por un seguimiento del precedente sin necesidad de reforma legal,⁷ aunque, observando diversas reformas legales, el agudo profesor Tavorari anota que *“imperceptiblemente, el sistema jurídico chileno tiende hacia un criterio uniformador de la jurisprudencia, alentado, además, por la especialización de las Salas de la Corte, que si contribuye a la seguridad jurídica y a la certeza jurídica representará un movimiento digno de encomio”*.⁸

⁴ Vergara, Alejandro (2019). El derecho administrativo ante la jurisprudencia de la Corte Suprema: Líneas y vacilaciones. Veinte temas, diez años (2008-2018). *Revista de Derecho Administrativo Económico* 28, pp. 5-175.

⁵ Accatino, Daniela (2014). Una revisión del concepto de fuentes del derecho a propósito de la posición de los precedentes judiciales en el sistema jurídico chileno. En Grez, P., Willenman, J., Fuenzalida, P. *Una vida en la Universidad de Chile. Celebrando al profesor Antonio Bascuñán Valdés*, Thomson Reuters La Ley, p. 202.

⁶ Vargas, Juan Enrique, Peña, Carlos y Correa, Jorge (2001). *El rol del estado y el mercado en la justicia. Cuadernos de análisis jurídicos*, N° 42, p. 18.

⁷ Díaz, Luis Iván. (2015). Diez razones para incorporar el seguimiento del precedente en Chile. *Revista de Derecho (Coquimbo)*, 22(2), 139-171

⁸ Tavorari, Raúl (2006). Reflexiones sobre la Corte Suprema chilena”. En Berizonce, Hitter y Oteiza (coords.). *El papel de los Tribunales Superiores*. Ubinzan-Culzoni, p. 498.

Con este entendimiento de fondo, preguntarse por los derechos del niño significa, en primer lugar, indagar qué es lo que nuestros tribunales -y en especial el más alto tribunal, la Corte Suprema- han dicho sobre este tipo de derechos. La ley N° 21.430, publicada el 15 de marzo de 2022, “sienta un marco normativo similar a un esfuerzo codificador, que genera los contornos generales de la política pública en esta materia.”⁹ El Ejecutivo en el Mensaje reconocía que se había optado por una ley marco que permita el desarrollo futuro de distintos cuerpos normativos.¹⁰

El escrutinio sobre el comportamiento judicial respecto de los derechos de la niñez en los dos primeros años de vigencia de la ley marco es particularmente relevante dada la compleja trayectoria histórica de nuestros tribunales. Como afirman Couso y Hilbink, “[n]i los tribunales ordinarios ni el tribunal constitucional se han mostrado históricamente inclinados a tomar posiciones en defensa de las garantías constitucionales.”¹¹

Una jurisdicción democrática y moderna, lleva razón en esto el profesor Vergara, posee un legítimo deber de controlar la administración del Estado y resguardar los derechos de las personas,¹² tarea en la cual debe aplicar no sólo leyes sino también los principios jurídicos. El mismo investigador ha acusado la inconsistencia de una Corte que no sigue sus propios fallos y los problemas que esto entraña para el sistema por la falta de certeza.¹³

La ley N° 21.430 incurrió en el mismo pecado capital y, como anotamos en otro lugar,¹⁴ ignoró los desarrollos jurisprudenciales que el más alto tribunal del país ha venido construyendo en torno al derecho a la salud, cuando está en juego la vida por falta de un medicamento o de tratamiento,¹⁵ y el derecho a la educación, con relación a las facultades disciplinarias, en especial la más intensa, cancelación de matrícula.¹⁶

Por otro lado, una vez establecida la relevancia del estudio de las sentencias otra cosa es el cómo, es decir, la construcción o validación de un cierto método de análisis. Hay, para esto, aportes que pueden tomarse desde la argumentación jurídica, por ejemplo para apreciar la

⁹ Henríquez, Sergio (2023). *Ley de garantías y protección integral de los derechos de la niñez y adolescencia. Análisis crítico de la ley 21.430*. Der Ediciones, p. xv.

¹⁰ Biblioteca del Congreso Nacional (2022). *Historia de la Ley N° 21.430*, p. 6

¹¹ Couso, Javier y Hilbink, Lisa (2011). From quietism to incipient activism: The ideological and institutional roots of rights adjudication in Chile.” En *Courts in Latin America*, editado por Gretchen Helmke y Julio Ríos-Figueroa. New York: Cambridge University Press, p. 99.

¹² Vergara, Alejandro (2015). Los jueces en la era del derecho democrático. Especialización, principios y activismo. judicial. *Temas de la Agenda Pública*, año 10, N° 83, p. 18.

¹³ Vergara (2019).

¹⁴ Estrada, Francisco y Valenzuela, Ester (2024). *Ley 21.430, de garantías y protección integral de derechos de la niñez*. DER Ediciones.

¹⁵ A modo de ejemplo: Corte Suprema, 4 de febrero de 2019, rol 25.161-2018, Corte Suprema, 29 de diciembre de 2017, rol 43.250- 2017 y Corte Suprema, 19 de junio de 2018, rol 8523-2018.

¹⁶ Fallos ejemplares en ese sentido: Corte Suprema, 4 de junio de 2019, rol 32.952-2018, Corte Suprema, 4 de marzo de 2020, rol 2729-2020, Corte Suprema, 31 de diciembre de 2020, rol 150.431-2020 y Corte Suprema, 6 de enero de 2023, rol 12.750-2022.

estructuración de un argumento. El estudio de Cortés-Monroy et al empleando el modelo de Toulmin es un buen ejemplo de esto.¹⁷

Un reciente trabajo identifica varios de los problemas que en materia de estructura argumentativa padecen las sentencias judiciales nacionales:

ausencia de una estructura fija de razonamiento que ordene la fundamentación de la decisión; la ausencia de una función asignada a los considerandos (en adelante, se abrevia como C.) que forman la sentencia y la falta de explicitación de las técnicas de interpretación e integración del derecho que usa el juzgador.¹⁸

Este documento de trabajo procura configurar un insumo para un posterior análisis dogmático, la evaluación de políticas públicas o el estudio en clases.

El primer comentario es lo exiguo del número. Para los años 2014-2018 (el doble que esta compilación), se hallaron 62 sentencias penales y 342 sentencias de familia que invocaban el interés superior del niño (ISN),¹⁹ es decir 9 veces más que en este período para un rango más amplio de normas invocadas.

Llama la atención, asimismo, que el art. 7 (ISN) sólo aparezca en un contado número de casos, cuando, de un análisis estrictamente dogmático (Estrada y Valenzuela 2024, Cillero 1999²⁰) debió aparecer en todas las causas en que se discutían derechos de la niñez.

Sólo para motivar ese posterior escrutinio pormenorizado adelantemos dos datos:

Uno, temático. La abrumadora mayoría de los fallos recopilados corresponde al campo del derecho de familia.

Materia	Nº
Derecho de Familia	34
Derecho Civil Patrimonial	2
Derecho Penal	3
Derecho Laboral	1
Derecho Constitucional ²¹	5

¹⁷ Cortez-Monroy, F., Oneto, L., Saavedra, I. et al (2008). Argumentación y toma de decisiones en Trabajo Social: Desafíos para la formación profesional. *Revista Trabajo Social*, 76, 53-64.

¹⁸ Agüero, Claudio, Silva, Valentina, Sepúlveda, Eduardo, Sologuren, Enrique, y Rajevic, Enrique (2022). La estructura de las sentencias judiciales como un problema de lenguaje claro. *Ius et Praxis*, 28 (3), p. 229. Es especialmente interesante -para este trabajo- que una de las sentencias analizadas sea la correspondiente a la apelación de una sentencia de medida de protección, un *leading case* sobre derecho a ser oído de niños, niñas y adolescentes.

¹⁹ Dirección de Estudios de la Corte Suprema (2019). *El interés superior del niño, niña y adolescente y su aplicación en la jurisprudencia de la Segunda y Cuarta Sala de la Corte Suprema*, Poder Judicial, p. 30 y ss.

²⁰ Cillero, Miguel (1999). El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño. *Justicia y derechos del niño*, 1, 45-62.

²¹ Las acciones constitucionales de protección las caracterizamos como derecho constitucional.

Esto implica también que es la Cuarta Sala la responsable principal de esta jurisprudencia aunque es razonable suponer que han existido numerosos casos penales (Segunda Sala) y constitucionales (Tercera Sala) donde se omitió incorporar a la ley N° 21.430 en el marco normativo del caso a decidir.

Un segundo dato es que sólo hay 5 fallos con disidencias, lo que está dentro de los parámetros encontrados en el estudio de Pardow y Carbonell (2018) que rondaba el 10% para las disidencias²² aunque levemente más bajo que el que aparece en DECS (2018) donde se empina al 25,7%. Los costos de discrepar (“en términos de tiempo, carga de trabajo, o incluso para relaciones futuras con los demás ministros” y el carácter poco confrontacional de la cultura judicial chilena son hipotetizados por los autores para explicar este fenómeno.

En términos metodológicos es oportuno indicar que la selección considera los casos fallados durante los dos primeros desde la publicación de la ley, el 15 de marzo de 2022. Se han revisado las bases de jurisprudencia de Westlaw, de V-lex y del Poder Judicial, con las palabras claves “ley 21.430” y “ley N° 21.430”, encontrándose los listados incompletos. El cruce ha permitido completar esta recopilación, recurriéndose en un caso al archivo de seguimiento de fallos del autor, ya que no aparecía en las bases revisadas. Donde el fallo lo informa se anota el nombre del redactor. Los tags y etiquetas son del compilador.

Una ley deficiente -y la 21.430 cae holgadamente en esta categoría- puede ser adecuadamente implementada -lo que a la fecha no ha ocurrido- y puede ser acertadamente interpretada y aplicada por los tribunales. Ese es el desafío de los años venideros, a la luz de estos primeros dos años que aquí se compilan.

²² Pardow, Diego y Carbonell, Flavia (2018). Buscando al ‘juez mediano’: Estudio sobre la formación de coaliciones en la Tercera Sala de la Corte Suprema. *Revista de Ciencia Política*, 38 (3), pp. 485-505.

Índice

1. Corte Suprema, 8 de julio de 2022, rol N° 27.103-2021 p. 13
Cambio de nombre de menor de edad. Padre no fue citado. Niña escuchada, pero no por el juez. (Derecho civil) (Hay disidencia).
2. Corte Suprema, 12 de septiembre de 2022, rol N° 60.174 -2022 p. 19
*Alimentos. Sana crítica. Manifiesta falta de fundamento Falta de prueba Alimentos menores
Apreciación de la prueba conforme a la sana crítica Rebaja de alimentos Aumento de alimentos
Modificación de circunstancias domésticas (Derecho de familia)*
3. Corte Suprema, 4 de octubre de 2022, rol N° 60.076-2022. p. 22
*Alimentos. Manifiesta falta de fundamento Sana crítica Admisibilidad del recurso de casación en el
fondo Privado de libertad Hechos establecidos por los jueces del fondo son inamovibles Solicitud de
alimentos No se denuncia o verifica infracción a normas reguladoras de la prueba. (Derecho de
familia)*
4. Corte Suprema, 28 de octubre de 2022, rol N° 59.818 -2022 p. 25
*Alimentos. Manifiesta falta de fundamento. Sana crítica. Admisibilidad del recurso de casación en el
fondo. Hechos establecidos por los jueces del fondo son inamovibles. Deuda por pensiones
alimenticias. No se denuncia o verifica infracción a normas reguladoras de la prueba. (Derecho de
familia)*
5. Corte Suprema, 30 de noviembre de 2022, rol N° 16.630-2022 p. 28
*Redacción del Ministro Carroza y el voto en contra de su autor.
Acción constitucional de protección. Tabla de factores. Admisibilidad del recurso de queja.
Incorporación de hijo recién nacido. Actuación de oficio de la Corte. Resoluciones susceptibles del
recurso de queja. Naturaleza jurídica de resolución impugnada. Isapre Consalud S.A. (Derecho
constitucional) (Hay disidencia)*
6. Corte Suprema, 3 de enero de 2023, rol N° 71489 -2021 p. 42
*Relación directa y regular, sana crítica. Manifiesta falta de fundamento Admisibilidad del recurso de
casación en el fondo Fijación de los hechos por los jueces de la instancia Interés superior del niño, niña
y adolescente Modificación de régimen. (Derecho de familia)*

7. Corte Suprema, 21 de febrero de 2023, rol N° 49.980-2022 p. 45
Redacción del Ministro Mario Carroza E.
Acción constitucional de protección. Principio de protección del interés superior de los niños, niñas y adolescentes. Sistema de garantías y protección integral. Incumplimiento del deber de proveer suministro de los alimentos a estudiantes. Derechos de estudiantes. Igualdad ante la ley. Derecho a la vida e integridad física y psíquica. Junta Nacional de Auxilio Escolar y Becas (JUNAEB). Financiamiento, gratuidad y becas. Deficiencias en la calidad del servicio. Alimentos y bebidas. (Derecho constitucional)
8. Corte Suprema, 10 de marzo de 2023, rol N° 152.915-2022. p. 53
Medida de protección. Admisibilidad del recurso de casación en el fondo. Normas decisorias litis no invocadas. Cuidado personal proteccional. (Derecho de familia)
9. Corte Suprema, 16 de marzo de 2023, rol N° 10.518-2023. p. 54
Medida de protección. Admisibilidad del recurso de casación en el fondo. Cuidado personal proteccional. Naturaleza jurídica de la resolución impugnada. Servicio nacional de protección especializada a la niñez y adolescencia. Resolución de carácter accesorio. (Derecho de familia)
10. Corte Suprema, 21 de marzo de 2023, rol N° 139.746-2022. p. 56
Alimentos. Manifiesta falta de fundamento. Facultades económicas. Hechos establecidos por los jueces del fondo son inamovibles. Fallecimiento del padre. Obligación pasa a los abuelos. Capacidad económica del demandado. (Derecho de familia)
11. Corte Suprema, 16 de mayo de 2023, rol N° 115.236-2023. p. 58
Acción constitucional de protección. Consejo Nacional de televisión (CNTV). Programa de Televisión Nacional de Chile (TVN). Sensacionalismo. Libertad de emitir opinión y de informar. Corrupción de menores. Violación con homicidio. Víctima directa. Víctima por repercusión. Primacía de la protección de menores de edad. Publicación en medios de comunicación y otros. Derecho a la honra, a la imagen y a la vida privada, libertad de expresión. Medida conservativa. Victimización secundaria. Impugnación de contenido y características de publicidad difundida. (Derecho constitucional) (Hay disidencia)
12. Corte Suprema, 1 de junio de 2023, rol N° 161-2023 p. 65
Alimentos. Manifiesta falta de fundamento. Hechos establecidos por los jueces del fondo son inamovibles. Capacidad económica del alimentante. Incremento de las necesidades del alimentario. Necesidades del alimentario. Aumento de alimentos. Modificación de circunstancias domésticas. No denuncia el quebrantamiento o desatención de concreta regla de la sana crítica. (Derecho de familia)

13. Corte Suprema, 15 de junio de 2023, rol N° 48.749-2022 p. 68
Declaración de bien familiar. Exequátur no solicitado. Cumplimiento de sentencia judicial. Residencia principal de la familia. Bien familiar y divorcio. Vínculo matrimonial no disuelto. Concepto de familia. Domicilio civil. (Derecho de familia)
14. Corte Suprema, 30 de junio de 2023, rol N° 136.273-2022 p. 75
Cuidado personal. Cuidado se entregó al padre. Mayoría de edad. Vulneración de artículos 225 y 226 del Código Civil. Vulneración de artículos 25 y 50 de la Ley N° 21.430. (Derecho de familia)
15. Corte Suprema, 5 de julio de 2023, rol N° 17.821 2023. p. 78
Alimentos. Rebaja de alimentos. Hechos establecidos por los jueces del fondo son inamovibles Disminución de capacidad económica del alimentante Ausencia de vulneración a reglas de la sana crítica. (Derecho de familia)
16. Corte Suprema, 7 de julio de 2023, rol N° 87.443-2023 p. 81
Relación directa y regular. Modificación. Admisibilidad del recurso de casación en el fondo. Error de derecho. Normas decisoria litis no invocadas. (Derecho de familia)
17. Corte Suprema, 17 de julio de 2023, rol N° 62.054-2023 p. 82
Medida de protección. Interés superior del niño. Curador ad litem. Crítica a la ponderación de la prueba. Cuidado personal proteccional. Denuncia sobre delito de abuso sexual. No denuncia el quebrantamiento o desatención de concreta regla de la sana crítica. (Derecho de familia)
18. Corte Suprema, 17 de julio de 2023, rol N° 61.633-2023 p. 87
Relación directa y regular. Modificación. Suspensión. Interés superior del niño. Régimen progresivo. Entrevista reservada. (Derecho de familia)
19. Corte Suprema, 24 de julio de 2023, rol N° 23.965-2023 p. 95
Autorización de salida del país. Satisfacción de las necesidades del alimentario. Régimen comunicacional por vías telemáticas. Ganancia cultural. Interés superior del niño. (Derecho de familia)
20. Corte Suprema, 28 de julio de 2023, rol N° 18.051 -2023 p. 100
Declaración de susceptibilidad de adopción. Suficiencia probatoria para configurar la causal de inhabilidad del artículo 12 N° 1 de la Ley N° 19.620. Deber de resolver conforme al interés superior del niño. Procedencia de declarar la susceptibilidad de adopción. Existencia de error de derecho que influyó sustancialmente en lo resolutivo del fallo. (Derecho de familia) (Hay disidencia)

21. Corte Suprema, 4 de agosto de 2023, rol N° 115.592 -2023 p. 105
Cuidado personal. Alimentos. Relación directa y regular. Habilidades parentales. Hechos establecidos por los jueces del fondo son inamovibles. Crítica a la ponderación de la prueba. No denuncia el quebrantamiento o desatención de concreta regla de la sana crítica. (Derecho de familia)
22. Corte Suprema, 9 de agosto de 2023, rol N° 26.150 -2023 p. 108
Relación directa y regular. Concepto de interés superior del niño. Desarrollo conceptual de principio del interés superior del niño. Interés superior del niño como criterio de control y como criterio de solución. Interés superior de la niña y sus especiales circunstancias. (Derecho de familia)
23. Corte Suprema, 14 de agosto de 2023, rol N° 19.677-2023 p. 115
Derecho a defensa jurídica. Relación directa y regular. Derecho al debido procedimiento. Tener por no presentada demanda. Demanda firmada en conjunto a madre. (Derecho de familia - derecho procesal)
24. Corte Suprema, 22 de agosto de 2023, rol N° 68.917-2023 p. 119
Medidas de protección. Medidas cautelares. Centro de Medidas Cautelares de Santiago. Relación directa y regular. Principio de oficialidad. Derecho a ser oído. Interés superior del niño, niña y adolescente. Audiencia preparatoria. Prohibición de acercamiento a la víctima. Rechazo sin ordenar comparecencia de las partes y de la niña involucrada. (Derecho de familia)
25. Corte Suprema, 24 de agosto de 2023, rol N° 167.250-2023. p. 123
Alimentos. Rebaja. Manifiesta falta de fundamento. Variación de circunstancias. Correcta aplicación del derecho. Nueva carga de familia. (Derecho de familia)
26. Corte Suprema, 7 de septiembre de 2023, rol N° 190.090-2023 p. 125
Recurso de unificación de jurisprudencia. Materia de derecho que se procura unificar no es factible de contrastar. Admisibilidad del recurso. Cobro de prestaciones laborales. Tutela por vulneración de derechos fundamentales con ocasión del despido. Despido injustificado. (Derecho laboral)
27. Corte Suprema, 25 de septiembre de 2023, rol N° 136.856 -2022 p. 127
Divorcio por cese de convivencia y reconvencional de compensación económica. Cláusula de dureza. Concepto y requisitos de procedencia de la excepción contemplada en el art. 55 inc. 3° de la Ley de Matrimonio Civil. (Derecho de familia)
28. Corte Suprema, 28 de septiembre de 2023, rol N° 197.301-2023 p. 136
Alimentos. Casación en el fondo. Irregularidades y malas prácticas. Dilación excesiva de los procedimientos. (Derecho de familia)

29. Corte Suprema, 23 de octubre de 2023, rol N° 124.543-2023 p. 138
Susceptibilidad de adopción. Hechos establecidos por los jueces del fondo son inamovibles. Crítica a la ponderación de la prueba. Parientes maternos extendidos. interés superior del niño. (Derecho de familia)
30. Corte Suprema, 30 de octubre de 2023, rol N° 3.325-2023. p. 143
Redacción de la Ministra Sra. M.C.G.H.
Medida de protección. No se señala o explica error de derecho Programa nacional de inmunizaciones (PNI) Plan de vacunación obligatorio nacional. (Derecho de familia)
31. Corte Suprema, 2 de noviembre de 2023, rol N° 167.551 -2023 p. 146
Susceptibilidad de adopción. Hijo de filiación no matrimonial. Inhabilidad parental. Interés superior del niño, niña y adolescente. Derecho a tener una familia. Falta de atención personal o económica durante cerca de un año. (Derecho de familia)
32. Corte Suprema, 24 de noviembre de 2023, rol N° 161.604- 2023 p. 152
Medida de protección. Régimen de relación directa y regular. Hechos establecidos por los jueces del fondo son inamovibles. Violencia psicológica. Interés superior del niño, niña y adolescente. Cuidado personal proteccional. Intervención psicológica. Violencia intrafamiliar contra madre. Conductas sexualizadas del padre. Prohibición de acercamiento a la víctima. (Derecho de familia)
33. Corte Suprema, 1 de diciembre de 2023, rol N° 133.295-2023 p. 158
Medida de protección. Interés superior del niño, niña y adolescente. Cuidado personal proteccional. Correcta aplicación del derecho. Cuidado personal otorgado al padre. Parentalización instrumental. Interés superior del niño, niña y adolescente. (Derecho de familia)
34. Corte Suprema, 1 de diciembre de 2023, rol N° 236.983-2023 p. 163
Relación directa y regular. Suspensión. Manifiesta falta de fundamento Crítica a la ponderación de la prueba Interés superior del niño, niña y adolescente. Abuela paterna No denuncia el quebrantamiento o desatención de concreta regla de la sana crítica. (Derecho de familia)
35. Corte Suprema, 5 de diciembre de 2023, rol N° 244.312-2023 p. 166
Medida de protección. Crítica a la ponderación de la prueba Negativa a vacunarse No denuncia el quebrantamiento o desatención de concreta regla de la sana crítica Plan de vacunación obligatorio nacional. Recurso de casación en el fondo por errónea interpretación de la ley. (Derecho de familia)
36. Corte Suprema, 22 de diciembre de 2023, rol N° 80.554-2023 p. 169

Cuidado personal. Derecho a defensa. Cuidado personal Interés superior del niño. Libre expresión. Derecho a ser oído. Falta de trámite esencial. Cuidado personal de los padres. Principio de la autonomía progresiva. Defensa material. (Derecho de familia)

37. Corte Suprema, 8 de enero de 2024, rol N° 241.652-2023 p. 173

Redacción del sr. Matus.

Abuso sexual impropio. Errónea aplicación del derecho. Infracción garantías constitucionales. Declaración de la víctima. Derecho a controlar y confrontar la prueba de cargo. Decisión debe fundarse en proceso previo legalmente tramitado. Acción penal pública previa instancia particular. Agravio debe ser real. Elementos del debido proceso. Infracción sustancial, trascendente, y de gravedad. Ley 21.430 es invocada pero no considerada. (Derecho penal)

38. Corte Suprema, 8 de enero de 2024, rol N° 178.975-2023 p. 184

Redacción de ministra Gloria Ana Chevesich R.

Susceptibilidad de adopción. Interés superior del niño, niña y adolescente. Principio de prioridad de la familia biológica. Vínculo paterno filial. Adopción por integración. Reforzamiento de habilidades parentales. Ponderación de toda la prueba rendida. Errada valoración de la prueba. Derecho a la identidad. (Derecho de familia)

39. Corte Suprema, 8 de enero de 2024, rol N° 241.652-2023 p. 196

Abuso sexual impropio. Racional y justo procedimiento. Vicio del consentimiento. Errónea aplicación del derecho Infracción garantías constitucionales Declaración de la víctima Derecho a controlar y confrontar la prueba de cargo. Decisión debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado. Acción penal pública previa instancia particular. Agravio debe ser real. Debido proceso. Rebaja en grado. Infracción sustancial, trascendente, y de gravedad. (Derecho penal)

40. Corte Suprema, 12 de enero de 2024, rol N° 239.776 -2023 p. 207

Redacción de abogada integrante Sra. Carolina Coppo D.

Acción constitucional de protección. Derecho a la igualdad ante la ley Acción de naturaleza cautelar Educación escolar Junta Nacional de Auxilio Escolar y Becas (JUNAEB) Establecimientos educacionales Ausencia de actuación arbitraria o ilegal Recurso de protección no es la vía idónea Falta de entidad suficiente Igualdad de género Expresión de género Libertad de conciencia, manifestación de creencias y libertad de cultos Material escolar adicional. (Derecho constitucional) (Hay prevención)

41. Corte Suprema, 29 de enero de 2024, rol N° 201.358 -2023 p. 214

Redacción de abogado integrante Sr. Munita

Acción constitucional de protección. Restricciones al derecho de emitir opinión y de informar se encuentran debidamente reguladas. Emitir un programa basado no constituye necesariamente afectación a la honra de víctimas o familiares. (Derecho constitucional) (Hay disidencia)

42. Corte Suprema, 6 de febrero de 2024, rol N° 1.430- 2024. p. 219
Filiación. Manifiesta falta de fundamento. Acción de reconocimiento de paternidad. Normas decisoria litis no invocadas. Impugnación de paternidad. (Derecho de familia)

43. Corte Suprema, 8 de febrero de 2024, rol N° 207.869- 2023. p. 220
Responsabilidad contractual. Daño emergente. Daño moral. Incumplimiento contractual. Indemnización de perjuicios. Manifiesta falta de fundamento. Carga de la prueba. Lex artis. Admisibilidad del recurso de casación en el fondo. No se denuncia infracción a la norma decisoria litis. Carácter de instrumentos públicos. Responsabilidad médica. (Derecho civil)

44. Corte Suprema, 26 de febrero de 2024, rol N° 199.713-2023. p. 223
Abuso sexual agravado. Inviolabilidad de las comunicaciones. Falta de consentimiento. Derecho a la vida privada. Debido proceso. Exclusión de prueba ilícita. Elemento histórico. (Derecho penal) (Hay prevención)

45. Corte Suprema, 11 de marzo de 2024, Rol N° 248.587-2023 p. 232
Medida de protección. Derecho a defensa. Atención de salud. Derecho a ser oído. Obligación de oír a niños, niñas y adolescentes. Principio de autonomía progresiva. Centro de Medidas Cautelares conculcó artículo 16 inciso 2° de ley N° 19.968. (Derecho de familia)



1. Corte Suprema, 8 de julio de 2022, rol N° 27.103-2021

Cambio de nombre de menor de edad. Padre no fue citado. Niña escuchada, pero no por el juez.

Santiago, ocho de julio de dos mil veintidós.

Vistos:

En autos Rol N° V 214 2018 seguidos ante el Segundo Juzgado Civil de Temuco, en procedimiento voluntario declarativo de cambio de nombre, caratulados "S. O. A.", por sentencia de seis de febrero de dos mil diecinueve, se acogió solicitud de cambio de nombre de la niña A.H.R.S.

Se alzó el padre, en calidad de tercero independiente, y la Corte de Apelaciones de Temuco, por sentencia de doce de marzo de dos mil veintiuno, la confirmó.

En contra de este último pronunciamiento la misma parte dedujo recurso de casación en el fondo, a fin de que se invalide el fallo y se dicte la sentencia de reemplazo que corresponda.

Se ordenó traer los autos en relación.

Considerando:

Primero: Que la parte recurrente, como antecedente previo, manifiesta que durante la tramitación del proceso de cambio de nombre se omitieron dos diligencias procesales esenciales, a saber, la citación del padre, que fue sugerido expresamente por el Servicio de Registro Civil e Identificación mediante oficio de fecha 9 de enero de 2019, infringiendo el principio de corresponsabilidad parental consagrado en el artículo 224 del Código Civil, y oír al defensor de ausentes, teniendo en cuenta que el artículo 2° de la Ley N°17.344 exige que estas materias se resuelvan "con conocimiento de causa", lo que obliga, a su vez, como imperativamente lo establece el artículo 824 inciso segundo del Código de Procedimiento Civil, oírlo previo a decidir. Agrega que la judicatura infringe abiertamente el principio del interés superior del niño y su derecho a la identidad, en vista de los efectos permanentes e irreversibles de lo resuelto y las consecuencias que podría traer consigo en la vida de la niña, aún a pesar de las omisiones incurridas durante la tramitación del proceso y de la ausencia de prueba suficiente y, en particular, de los cortos años de vida de la niña a la fecha de la presentación de la solicitud (11 años de edad) y, sobre todo, a la época en que supuestamente habría comenzado a autodenominarse "A. R." (5 años de edad). Denuncia la infracción al artículo 819 del Código de Procedimiento Civil al faltar a la prudencia para dictaminar la causa, lo cual se expresa a su parecer en que ninguno de los documentos acompañados tiene la data de más de cinco años que exige el artículo 1° letra b) de la Ley N°17.344. Añade que la testimonial no es imparcial, se rindió sumariamente, sin contradictor, y algunos de los deponentes no conocen a la adolescente por más de cinco años.

Por último, refiere que la niña no fue oída en los términos requeridos por la Convención Internacional de los Derechos del Niño, ya que su declaración no fue recibida por el juez de la causa, todo lo cual demuestra que se desatendió la prudencia para fallar la causa.

Concluye que, de esta forma, la sentencia conculca los principios de la razón suficiente y las máximas de la experiencia.

En el otro capítulo del arbitrio reclama vulnerados el interés superior de la niña, y los artículos 222 del Código Civil y 3, 7 y 8 de la Convención Internacional de los Derechos del Niño. Explica que todo niño tiene derecho a un nombre, nacionalidad y a conocer a sus padres y que los Estados partes se encuentran obligados a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, lo que incluye su nacionalidad, el nombre y las relaciones de familia. Por lo que lo resuelto altera en forma permanente e irrevocable el apellido paterno de la niña, acoge una solicitud de cambio de nombre a pesar de no haberse rendido prueba suficiente para acreditar los hechos que configuran la causal legal invocada, no explica en modo alguno de qué forma se vería beneficiado su interés superior y sus derechos para el evento de verse acogida la solicitud, limitándose el tribunal a quo a señalar que la solicitud fue acogida "teniendo en consideración el interés superior de la niña." Al finalizar, denuncia la transgresión al principio de corresponsabilidad parental y de igualdad entre los padres consagrado en el artículo 224 del Código Civil. Refiere que aquello se manifiesta en que se omite citar al padre, desatendiendo su derecho de participar en la crianza y educación de los hijos. Añade que le asiste el derecho de ser informado e intervenir en la toma de una decisión tan fundamental, como lo es aquella que motivó la dictación de la resolución ahora impugnada. Precisa que de haberse citado al progenitor se habría opuesto y substanciado el juicio como ordinario.

Concluye señalando la forma en que los errores denunciados influyen en lo dispositivo de la sentencia y solicita que se acoja el recurso de casación en el fondo y se dicte una de reemplazo que revoque la de primera instancia, rechazando la gestión voluntaria.

Segundo: Que para la resolución del recurso resulta imprescindible considerar los hechos que originan este procedimiento voluntario:

1. Doña C. C. C., en representación de la señora A. S. O., inició un procedimiento voluntario de cambio de nombre, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 1 letra b) de la Ley 17.344, fundado en que la hija de su representada, menor de edad de iniciales A.H.V.S., ha sido conocida en su entorno familiar, social y educacional por más de cinco años con el apellido R., que es además el de sus hermanos, por lo que desea cambiarlo.
2. En información sumaria de testigos manifestaron que la hija de la peticionaria, por más de cinco años, ha sido conocida como A.H. R. S.
3. La niña manifestó al tribunal que "Me quiero cambiar mi apellido V. por R., porque me siento más representada con el apellido R. que por V. y mis dos hermanos llevan el apellido R. porque son hijos del marido de mi mamá. El apellido R. es de mi padrastro a quien llamo papá, quien me crió de los 5 años, el que me ha dado todo. En cuanto a mi padre biológico no mantengo desde hace años contacto con él. Además, en mi grupo de amigos, los de fútbol y mis familiares saben que me coloqué el apellido R. y que me identifico con él, solo en mi escuela no puedo".
4. La niña se encuentra inscrita con el N°340 del año 2007, de la circunscripción de Temuco, figurando como primer apellido V.

Sobre la base de estos antecedentes fácticos y teniendo presente el interés superior de la hija de la requirente, la magistratura del fondo determinó que ha sido conocida por más de cinco años con el apellido R., por lo que accede a la solicitud y ordena rectificar su partida de nacimiento, lo que se cumplió con fecha 6 de febrero de 2019.

Tercero: Que, para resolver el asunto sometido al conocimiento de esta Corte, conviene partir señalando que la Ley N° 17.344, que autoriza el cambio de nombres y apellidos, consagró en el inciso primero de su artículo 1°, lo siguiente: "Toda persona tiene derecho a usar los nombres y apellidos con que haya sido individualizada en su respectiva inscripción de nacimiento", disponiendo, en el inciso segundo, que "... cualquiera persona podrá solicitar, por una sola vez, que se la autorice para cambiar sus nombres o apellidos, o ambos a la vez..." en los distintos casos que allí se consagran, entre los cuales la letra b) señala: "Cuando el solicitante haya sido conocido durante más de cinco años, por motivos plausibles, con nombres o apellidos, o ambos, diferentes de los propios", lo que se relaciona con lo previsto en su inciso 3°, según el cual "en los casos en que una persona haya sido conocida durante más de cinco años, con uno o más de los nombres propios que figuran en su partida de nacimiento, el titular podrá solicitar que se supriman en la inscripción, en la de su matrimonio y en las de nacimiento de sus descendientes menores de edad, en su caso, el o los nombres que no hubiere usado." La universalidad del derecho al nombre quedó consagrada en el artículo 1°, en los términos antes señalados, por iniciativa del Senador Sr. Aylwin Azocar, según aparece del Segundo informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, recaído en el Proyecto de ley de la H. Cámara de Diputados que autoriza la modificación de nombres en las partidas de nacimiento. (Historia de la Ley 17.334, p. 32).

Cuarto: Que el nombre atributo de la personalidad ha sido definido recién en el artículo 58 bis del Código Civil, como consecuencia de la dictación de la Ley N° 21.334, de 14 de mayo de 2021, al señalar que "es el conjunto de palabras que sirve legalmente para identificar a una persona." En general, el nombre es la designación que permite identificar y distinguir a una persona en su vida social y jurídica. A él se tiene derecho y sobre él también se tienen derechos. El inciso 1° del artículo 1 de la Ley N° 17.344, antes transcrito, consagra tanto "el derecho al nombre" como "el derecho sobre el nombre" al disponer que se tiene derecho a llevar el apellido de los progenitores y, por otro lado, a usarlo en los términos que figure en su respectiva inscripción de nacimiento; pero también, según se desprende de sus incisos 2°, letra b), y 3°, se consagra el derecho de cambiarlo y ser individualizado por el nombre con el que el individuo es reconocido socialmente, lo que demuestra que el nombre se usa, se lleva, se adopta, derivando de ello un carácter apropiable y, en cierto modo, prescriptible adquisitivamente, por su posesión pública.

La posibilidad de cambiar el nombre (en cualquiera de sus componentes, nombre propio y apellidos), sea por la vía de modificar el orden de los apellidos, conforme a la Ley N° 21.334, o reemplazando alguno de los que figuran en la inscripción de nacimiento, conforme a la Ley N° 17.344, es un derecho reconocido a toda persona.

Quinto: Que lo anterior no implica alterar las reglas de filiación establecidas en los artículos 179 a 194 del Código Civil, como expresamente lo señala el artículo 4, inciso segundo, de la Ley N° 17.344 manifestando que "el cambio de apellido no podrá hacerse extensivo a los padres del solicitante, y no alterará la filiación; pero alcanzará a sus descendientes sujetos a patria potestad, y también a los demás descendientes que consientan en ello." De la misma forma, tampoco priva o inhabilita al padre biológico para ejercer sus derechos o cumplir las obligaciones que le imponen los artículos 222 a 268 del código citado. De manera tal, que los efectos de la Ley N° 17.344 no lo privan de su calidad de padre, pudiendo mantener con su hija una relación directa y regular, ejerciendo la coparentalidad, proporcionando alimentos, además, de mantenerse los derechos hereditarios.

Sexto: Que, de los antecedentes descritos, aparece que la parte solicitante se sujetó a lo dispuesto en los artículos 1°, 2° y 3° de la Ley N° 17.344, aportando las pruebas requeridas para sostener su solicitud de cambio de apellido paterno, sin que existiera oposición a su petición y lo hizo bajo el procedimiento que la ley especial ha establecido para ello, que lo reconoce para "cualquiera persona", sin distinguir entre nacionales y extranjeros, mayores o menores de edad, según reza el inciso segundo del artículo 1° de la referida ley.

Séptimo: Que, además, se debe tener presente que la niña manifestó ante la judicatura su deseo de cambiar su apellido paterno para sentir que formalmente es parte de la nueva familia formada por su madre, sin diferencias con sus hermanos, y que la inscripción de la sentencia se realizó en febrero del año 2019, de manera tal que alterar esa situación tres años después resulta perjudicial para ella, máxime si, como se dijo, esta situación en nada cambia los derechos y deberes de su padre.

Por lo tanto, lo decidido por la magistratura no hace más que respetar el derecho a su identidad ante la sociedad, que ella efectivamente forma parte de la familia nuclear compuesta por su madre, el cónyuge de ésta y hermanos.

Octavo: Que, con todo, del tenor del arbitrio se infiere que no acusa infringidas normas decisoria Litis, pues reclama que se incumplieron una serie de requisitos que el legislador no estableció al regular el procedimiento en los artículos 2 y 3 de la Ley que Autoriza el Cambio de Nombres y Apellidos, y, más bien, se aprecia que reclama sobre la filiación de la niña, lo que no ha sido materia de discusión en este proceso.

Noveno: Que, entonces, se debe concluir que fue mal enderezado, conteniendo más bien una expresión de disconformidad con las resultados del juicio y con el proceso de valoración de la prueba que hizo la magistratura, cuestión que al no haberse acreditado la conculcación de las normas reguladoras de la prueba, escapa del control de casación.

Décimo: Que, en definitiva, la judicatura del fondo efectuó una correcta interpretación y aplicación de las normas jurídicas pertinentes, apegada a los hechos establecidos, por lo que no existen las infracciones denunciadas, lo que determina que el recurso deba ser desestimado.

Por estos fundamentos, disposiciones legales citadas y lo preceptuado en los artículos 764, 765 y 767 del Código de Procedimiento Civil, se rechaza el recurso de casación en el fondo deducido por el tercero independiente en contra de la sentencia de doce de marzo de dos mil veintiuno, dictada por la Corte de Apelaciones de Temuco.

Acordada con el voto en contra del Ministro señor Blanco y del Abogado Integrante señor Morales, quienes fueron de la opinión de acoger el recurso de casación en el fondo en atención a las siguientes consideraciones:

1º) Que, de acuerdo al artículo 3 de la Ley 21.430 "en la interpretación de las leyes y normas reglamentarias referidas a la garantía, restablecimiento, promoción, prevención, participación o protección de los derechos del niño, niña o adolescente, se deberá atender especialmente a los derechos y principios contenidos en la Constitución Política de la República, en la Convención sobre los Derechos del Niño, en los demás tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Chile que se encuentren vigentes y en esta ley."

2º) Que, como menciona el recurrente, la Convención Internacional de los Derechos del Niño en su artículo 8 dispone "los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas." Norma que conforme al artículo 3 de la Ley 21.430, debe primar en la interpretación de las leyes, por mandato expreso del legislador.

3º) Que, de esta forma, la Ley 17.344 que regula el cambio de nombre y apellidos, tratándose de una persona menor de edad, debe aplicarse integrando el estatuto jurídico especial de protección a la infancia. Teniendo en consideración aquello y tratándose de una niña con filiación materna y paterna determinada, no puede alterarse su identidad en un procedimiento no contencioso, notificado por aviso en el diario, sin emplazar válidamente al padre. Por cuanto, conforme al artículo 1 de la citada ley, la decisión de la magistratura es irreversible, de manera tal que, si ya adulta la adolescente desea utilizar su apellido de origen, no podrá hacerlo.

Lo anterior, para los disidentes, se agrava por el hecho de que se desconoce (atendido lo desformalizado del proceso) si la voluntad de la niña es real o se ha formado producto de una legítima alineación parental con su madre, al no ser oída en los términos que exige el artículo 12 de la Convención Internacional de los Derechos del Niño y 16 de la Ley 19.968.

4º) Que, por último, que el artículo 1 de la Ley 17.344 inciso primero constituye la regla general al señalar que "toda persona tiene derecho a usar los nombres y apellidos con que haya sido individualizada en su respectiva inscripción de nacimiento." De manera que no procede el cambio de nombre salvo en circunstancias excepcionales, siendo la letra b) una de ellas, que debe interpretarse cuando acontece alguna de las circunstancias del inciso segundo del artículo, lo que no se probó en el proceso que haya ocurrido.

5º) Que, en consecuencia, para esta disidencia, yerra la judicatura al acceder a la solicitud de cambio de apellido, toda vez que vulneró el artículo 1 de la Ley 17.344 en concordancia con el artículo 3 de la Ley 21.430 y la Convención Internacional de los Derechos del Niño, debiendo acogerse el recurso y en sentencia de reemplazo rechazar la petición.

Acordada una vez desecheda la indicación previa del Ministro señor Blanco y del Abogado Integrante señor Morales, quienes estuvieron por hacer uso de la facultad establecida en el artículo 775 del Código de Procedimiento Civil y casar en la forma la sentencia, toda vez que el padre no fue notificado del proceso, trámite esencial para resolver la materia, configurándose la infracción del artículo 768 N°9 en relación al 795 N°1, ambos del Código de Enjuiciamiento, teniendo para ello presente que, no obstante tratarse de un procedimiento voluntario, para decidir la judicatura debe decretar todas las medidas que sean pertinentes y, en el presente caso, tratándose de una niña de filiación determinada, en que los efectos de la sentencia son irrevocables, se debió notificar al padre como legítimo contradictor, acogiendo la sugerencia del Servicio de Registro Civil de 9 de enero de 2019. De esta forma, la ausencia de emplazamiento del progenitor vulneró, la garantía del debido proceso, consagrada en el artículo 19 N°3 de la Constitución Política de la República, lo que en opinión de los disidentes y atendido lo dispuesto en el artículo 786, inciso primero, del Código de Procedimiento Civil implicaba retrotraer el proceso a la etapa de notificar de la solicitud al recurrente.

Regístrese y devuélvase.

Pronunciado por la Cuarta Sala de la Corte Suprema integrada por los Ministros señor Ricardo Blanco H., señoras Gloria Ana Chevesich R., María Cristina Gajardo H., y los abogados integrantes señor Eduardo Morales R., y señora Leonor Etcheberry C. No firman los Abogados Integrantes señor Morales y señora Etcheberry, no obstante haber concurrido a la vista y al acuerdo de la causa, por estar ambos ausentes. Santiago, ocho de julio de dos mil veintidós.

2. Corte Suprema, 12 de septiembre de 2022, rol N° 60.174 -2022

Alimentos. Sana crítica.

Santiago, doce de septiembre de dos mil veintidós.

Vistos y teniendo presente:

Primero: Que, de conformidad con el artículo 782 del Código de Procedimiento Civil, se ordenó dar cuenta del recurso de casación en el fondo deducido por la demandada principal de rebaja de alimentos y demandante reconvenzional de aumento, contra la sentencia de la Corte de Apelaciones de Iquique que confirmó la de mérito en aquella parte en que rechazó su demanda.

Segundo: Que la recurrente estima conculcado el artículo 32 de la Ley N° 19.968 en relación con el artículo 7° de la Ley N° 21.430, toda vez que el análisis de la prueba no se realizó considerando el mejor interés de la niña, toda vez que de haber analizado únicamente la pericia allegada a autos, habría quedado de manifiesto que para su desarrollo futuro se requiere necesariamente un mayor aporte del padre, más aún si no se aportó ningún medio de prueba tendiente a probar que tiene más cargas, ni que está cesante.

Por lo anterior, solicita se acoja el recurso de casación, se invalide la sentencia impugnada y se dicte la correspondiente de reemplazo que revoque la recurrida en aquella parte en que rechazó la demanda de aumento de alimentos, y, en su lugar, la acoja.

Tercero: Que la judicatura del fondo tuvo por acreditados los siguientes hechos:

1. Las partes son progenitores de una hija nacida el 13 de mayo de 2009, de 13 años de edad a la época de la sentencia; estudiante de 6° básico en el colegio A. T., presenta anomalías dentomaxiliares que son objeto de tratamiento particular, padece de alergias y sus necesidades se avaluaron en \$ 618.050.
2. Los alimentos se acordaron el 28 de febrero de 2011, en causa RIT C107 2014, del Cuarto Juzgado de Familia de Santiago, por una suma equivalente al 70% de un ingreso mínimo mensual remuneracional. A noviembre de 2021 el alimentante debía \$ 427.299.
3. La demandada se desempeña como asesora de inversiones en Scotiabank Chile; percibe ingresos por \$ 3.542.634 y vive con la alimentaria. Es dueña del inmueble que habita.
4. El demandado habita el domicilio arrendado cuyo canon de arriendo es la suma de \$160.000 mensuales, en la comuna de Puente Alto, junto a sus dos hijos, y, a enero de 2021, se ubica dentro del 40% de hogares con menos ingresos del país.
5. No se acreditaron las circunstancias domésticas ni las facultades económicas de las partes existentes al momento de acordar los alimentos.

Sobre la base de tales antecedentes, la sentencia impugnada razonó que no se acreditó la variación de las condiciones económicas las partes y en virtud de ello, rechazó la demanda de aumento de alimentos

Cuarto: Que, como esta Corte ha señalado reiteradamente, la determinación de los hechos corresponde a una facultad que se ejerce exclusivamente en las instancias del fondo,

sin que sea dable su revisión en esta sede, a menos que se denuncie y acredite el quebrantamiento de disposiciones que integran el sistema valorativo de la sana crítica. En la especie, se acusa infracción al artículo 32 de la Ley N° 19.968, que prescribe que la prueba debe apreciarse conforme a las reglas de la sana crítica, un concepto que compuesto de tres elementos: la lógica, conformada por "reglas universales establecidas y permanentes en el tiempo propias de la razón humana y que conducen a una conclusión o, en lo fundamental, a la emisión de un juicio", cuyos principios son, los siguientes: de identidad (una cosa solo puede ser igual a sí misma), de contradicción (una cosa no puede ser explicada por dos proposiciones contrarias entre sí), de razón suficiente (las cosas existen y son conocidas por una causa capaz de justificar su existencia), y de tercero excluido (si una cosa únicamente puede ser explicada dentro de una de dos proposiciones alternativas, su causa no puede residir en una tercera proposición ajena a las dos precedentes), sin agotar con ello, en todo caso, los parámetros lógicos que deben guiar la construcción epistémica probatoria. En segundo lugar, por las máximas de experiencia o "reglas de la vida", entendiendo por tales, según la doctrina, "definiciones o juicios hipotéticos de contenido general, desligados de los hechos concretos que se juzgan en el proceso, procedentes de la experiencia, pero independientes de los procesos particulares de cuya observación se han inducido y que, por encima de esos casos, pretenden tener validez para otros nuevos" (STEIN, Friedrich; El conocimiento privado del juez, Editorial Temis, Bogotá, 2ª edición, 1999, p. 27). Y por último, por los conocimientos científicamente afianzados, que son los saberes proporcionados por las ciencias y las técnicas (artes y oficios reputados), que surgen luego de operaciones metódicas estandarizadas, cuyos resultados son verificables y susceptibles de refutación.

Luego, para que prospere un recurso de casación en el fondo que se basa en la incorrecta aplicación de la citada disposición, que autorizaría alterar los hechos asentados en la sentencia que se impugna, es menester que se indique cuál de los elementos que componen el referido sistema de valoración de la prueba fue infringido; causal 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 indica el artículo 32 de la Ley N° 19.968. Sin embargo, de la lectura del recurso se aprecia que no se da cumplimiento a lo señalado y que, en definitiva, se impugna el proceso de valoración, de cuyo resultado disiente, pero al no haber acreditado de manera eficiente la vulneración a las reglas que componen el sistema de la sana crítica, no es posible alterar el marco fáctico de la decisión por medio de este mecanismo extraordinario y de derecho estricto, como es el recurso de casación en el fondo.

Quinto: Que, en consecuencia, sobre la base de los hechos establecidos de manera inamovible en el fallo impugnado, debe concluirse que la decisión es producto de una correcta aplicación de las normas sustantivas cuya vulneración se acusa, pues al no haberse acreditado una variación de las facultades y circunstancias domésticas de las partes, se desestimó la

demanda; razón por la que el arbitrio debe ser desestimado, en esta etapa de tramitación, por adolecer de manifiesta falta de fundamento.

Por estas consideraciones y lo prevenido en los artículos 764, 765, 767, 772, 783 y 784 del Código de Procedimiento Civil, se rechaza el recurso de casación en el fondo interpuesto contra de la sentencia de veintiuno de julio de dos mil veintidós, dictada por la Corte de Apelaciones de Iquique.

Regístrese y devuélvase.

Pronunciado por la Cuarta Sala de la Corte Suprema integrada por los Ministros (as) Gloria Chevesich R., Maria Gajardo H., Diego Gonzalo Simpertigue L., Ministro Suplente Juan Manuel Muñoz P. y Abogado Integrante Gonzalo Enrique Ruz L. Santiago, doce de septiembre de dos mil veintidós.

3. Corte Suprema, 4 de octubre de 2022, rol N° 60.076-2022.

Alimentos. Manifiesta falta de fundamento Sana crítica Admisibilidad del recurso de casación en el fondo Privado de libertad Hechos establecidos por los jueces del fondo son inamovibles Solicitud de alimentos No se denuncia o verifica infracción a normas reguladoras de la prueba.

Santiago, cuatro de octubre de dos mil veintidós.

Vistos y teniendo presente:

Primero: Que, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 782 del Código de Procedimiento Civil, se ha ordenado dar cuenta del recurso de casación en el fondo deducido por el demandado contra la sentencia dictada por la Corte de Apelaciones de Valparaíso, que confirmó la de mérito que acogió parcialmente la demanda de alimentos que reguló en 0,92300 de unidad tributaria mensual.

Segundo: Que la parte recurrente denuncia infringidos el artículo 32 de la Ley N°19.968, los artículos 321, 323, 329, 330 y 332 del Código Civil y los artículos 7 y 25 de la Ley N° 21.430, porque en la audiencia de juicio no se incorporó informe alguno que acreditara la situación socioeconómica de la demandante como tampoco las necesidades de la alimentaria, que fueron fijados como hechos a probar, lo que impidió determinar los medios de subsistencia de la niña que dieran cuenta de necesidades insatisfechas, no acreditándose la existencia de un estado de necesidad. Asimismo, no se tuvo en consideración que el demandado se encuentra privado de libertad, que, si no se hubiese obviado, se debiera haber establecido que carece de facultades económicas, encontrándose imposibilitado de pagar cualquier tipo de pensión, ya que, no puede realizar labores remuneradas dentro del centro penitenciario y, no tiene cotizaciones previsionales desde el mes de enero de 2021.

Agrega que la sentencia infringió los principios de la lógica, por no tomar en consideración que el deudor no cuenta con facultades económicas para sufragar una pensión de alimentos, dado que se encuentra privado de libertad y no puede desarrollar actividades económicas, no pudiendo responder por ningún tipo de obligación, haciendo una incorrecta aplicación de la presunción de la existencia de medios para otorgar alimentos por parte del demandado, no considerando los antecedentes que prueban la imposibilidad de pagarlos.

Indica también que no se atiende al interés superior de la alimentaria y la cierta necesidad que tiene de solventar sus gastos, al imponer una pensión de alimentos equivalente a \$50.000, suma que resulta insuficiente para solventar las necesidades de la niña, por lo que se hacía procedente demandar a sus abuelos.

Solicita que se acoja el recurso de casación, se invalide la sentencia recurrida y se dicte una de reemplazo que rechace la demanda de alimentos.

Tercero: Que la sentencia impugnada dio por acreditados los siguientes hechos:

1.- Las partes son progenitores de la niña Clara, de 5 años de edad a la fecha de la sentencia, quien reside junto a su madre, debiendo satisfacer de acuerdo a su edad sus necesidades escolares, de vivienda, alimentación, recreación y vestuario.

3.-[sic] El demandado se encuentra privado de libertad en calidad de imputado en el Centro de Cumplimiento Penitenciario de la ciudad de La Serena, cuenta con cotizaciones previsionales hasta el mes de enero de 2021, tiene tres vehículos inscritos a su nombre y, un saldo promedio al mes de julio de 2021 en su cuenta RUT de \$218.000.

Sobre la base de dichos presupuestos fácticos, al considerar que concurren los requisitos de la demanda interpuesta, pues se acreditaron las necesidades de la alimentaria de acuerdo a su edad, el deber del alimentante de concurrir a la satisfacción de aquellas y, al no ser desvirtuada en su totalidad la falta de medios económicos para otorgar alimentos, se acogió la demanda, regulándolos en un monto inferior al 40% de un ingreso mínimo remuneracional, esto es, en 0,92300 de Unidad Tributaria Mensual, actuales \$50.000.-.

Cuarto: Que, como esta Corte ha señalado reiteradamente, la determinación de los hechos corresponde a una facultad que se ejerce exclusivamente en las instancias del fondo, sin que sea dable su revisión en esta sede, a menos que se denuncie y acredite eficientemente el quebrantamiento de disposiciones que integran el sistema valorativo de la sana crítica. En la especie se acusó la vulneración del artículo 32 de la Ley N°19.968, cuestionando los hechos establecidos como producto de la ponderación de la prueba, pero sin cumplir con la carga mencionada, al no desarrollar con precisión el modo en que se habrían producido las vulneraciones, limitándose a plantear un análisis alternativo de los antecedentes.

De este modo, la crítica se concentra en el proceso de apreciación de la prueba, de cuyo resultado se disiente, pero al no haber logrado acreditar la conculcación a las reglas que componen el sistema de la sana crítica, no es posible alterar el marco fáctico de la decisión por medio de este mecanismo extraordinario y de derecho estricto.

Quinto: Que, en consecuencia, sobre la base de los hechos establecidos de manera inamovible en el fallo impugnado, debe concluirse que la decisión es producto de una correcta aplicación de las normas sustantivas que regulan la materia de que se trata, pues se acogió la demanda de alimentos tras dar por acreditados sus presupuestos legales de procedencia, al considerar que el demandado no se encuentra en una imposibilidad absoluta de contribuir en las necesidades de su hija y, en la determinación del monto a que fue condenado, se tomaron en consideración sus circunstancias particulares.

Sexto: Que, en consecuencia, apareciendo que la sentencia impugnada da cuenta de un correcto ejercicio de subsunción de los hechos a las normas que regulan la materia de que se trata; el arbitrio debe ser desestimado, en esta etapa de tramitación, por adolecer de manifiesta falta de fundamento.

Por estas consideraciones y lo prevenido en los artículos 764, 765, 767, 772, 783 y 784 del Código de Procedimiento Civil, se rechaza el recurso de casación en el fondo deducido en contra de la sentencia de veintiséis de julio de dos mil veintidós. Regístrese y devuélvase.

4. Corte Suprema, 28 de octubre de 2022, rol N° 59.818 -2022.

Alimentos. Manifiesta falta de fundamento. Sana crítica. Admisibilidad del recurso de casación en el fondo. Hechos establecidos por los jueces del fondo son inamovibles. Deuda por pensiones alimenticias. No se denuncia o verifica infracción a normas reguladoras de la prueba. (Derecho de familia)

Santiago, veintiocho de octubre de dos mil veintidós.

Vistos y teniendo presente:

Primero: Que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 782 del Código de Procedimiento Civil, se ordenó dar cuenta del recurso de casación en el fondo deducido por el demandante en contra de la sentencia dictada por la Corte de Apelaciones de Valparaíso, que confirmó la de primera instancia que no hizo lugar a la demanda de alimentos.

Segundo: Que el recurrente denuncia vulnerados los artículos 321, 323, 329, 332 y 335 del Código Civil, 10 del Código Orgánico de Tribunales y 7 y 25 de la Ley N°21.430.

Señala, que a pesar de que se en la presente causa logran tenerse por acreditados los supuestos fácticos necesarios para decretar los alimentos en favor de la menor, la sentencia invoca razones externas e injustificadas para omitir aplicar la ley que corresponde y regular los alimentos como es debido.

A su juicio, a pesar de que se cumplen objetivamente con todos los requisitos legales que ameritan una regulación de los alimentos en favor de niña, la referida sentencia deniega decretarlos al tomar en consideración el incumplimiento previo en el pago de los alimentos que debe, lo que no corresponde, por cuanto constituye una forma soterrada de adelantar la compensación, que de por sí es improcedente, respecto de las futuras pensiones de alimentos a las cuales tiene derecho la menor de autos para con su madre.

Tercero: Que en la sentencia se establecieron los siguientes hechos:

1. La alimentaria de iniciales F.B.P.Q., nació el 30 de diciembre de 2006, tiene 14 años de edad, es hija de las partes de esta causa y vive en Valparaíso junto a su padre.
2. Tiene las necesidades propias de su edad y escolaridad, No tiene problemas de salud, estudia en el colegio F. H. de la comuna de Viña del Mar.
3. Según resolución de 31 de marzo de 2021, emitida por el Tribunal de Familia de Viña del Mar en causa por cumplimiento de medida de protección RIT X103 2021, el cuidado proteccional lo tiene el padre.
4. El demandante, nació el 16 de junio de 1979, tiene 42 años de edad, es soltero, conductor, pero actualmente se encuentra cesante y cursando educación superior, su grupo familiar lo componen su actual pareja, psicóloga de 31 años de edad y la niña. Desempeña actividades informales como conductor de locomoción colectiva con jornada parcial, percibiendo un ingreso variable de \$200.000. La familia recibiría el IFE atendida la situación sanitaria del país, este grupo reside en vivienda arrendada, cancelando \$ 298.000 al mes.

5. Los ingresos del grupo familiar ascienden a un total de \$1.128.000, que corresponden al ingreso informal del demandante \$ 200.000, el ingreso de su pareja \$650.000 y \$278.000 por concepto de IFE.

6. La demandada, es educadora diferencial, soltera, y se encuentra cesante desde marzo del año 2020. Su grupo familiar lo componen tres hijos nacidos de la relación que tuvo con el demandante, de 13, 11 y 8 años de edad, un hijo de 23 años de edad, y su actual pareja, ingeniero comercial. Todos sus hijos son estudiantes.

7. Prestó servicios a la Corporación Educacional Educatel Playa Ancha desde el 1 de marzo de 2006 hasta el 29 de febrero de 2020. La causal de término del contrato de trabajo fue mutuo acuerdo de las partes. Por concepto de finiquito recibió la suma de \$11.738.320, pagadera en cuotas entre febrero y septiembre de 2020.

8. La pensión de alimentos que debe pagar el demandante a favor de sus hijos no la soluciona desde marzo del año 2020, sólo ha cancelado con las retenciones de 10% de AFP y descuentos a bonos que entrega el gobierno.

Sobre la base de los hechos establecidos, la judicatura de la instancia consideró que «... con la prueba rendida en autos ha quedado demostrado que (la niña) tiene las necesidades propias de su edad y escolaridad, vive con su padre desde marzo del año en curso. Con anterioridad vivía junto a su madre y sus cuatro hermanos.

De la relación de pareja de las partes nacieron cuatro hijos, todos quedaron viviendo con la madre una vez producida la separación de las partes. Ha sido la madre quien se ha encargado de satisfacer las necesidades de todos sus hijos. Si bien es cierto el padre se encuentra obligado a pagar una pensión de alimentos a favor de sus hijos, según lo resuelto en causa RIT C 573 2018 del Juzgado de Familia de Viña del Mar en un monto equivalente 120% de un Ingreso mínimo mensual remuneracional, se encuentra acreditado que el padre no ha cumplido desde hace mucho tiempo con el pago de la pensión de alimentos a la que se encuentra obligado. El demandante no contempla el pago de la pensión de alimentos de sus hijos como un gasto que debe solventar mes a mes, como sí lo hace con el pago de la mensualidad de los estudios que cursa. A la asistente social que realizó el informe social sólo declaró como deuda el monto equivalente a una mensualidad por concepto de pensión alimenticia.

Inmediatamente de obtenido el cuidado personal de (la niña), como medida protección y por un plazo de seis meses, el demandante comenzó las gestiones para demandar a la madre para obtener alimentos a favor de su hija, no obstante que mientras la niña estuvo al cuidado de la madre él no cumplía con el pago de los alimentos a favor de (ella) ni de sus otros tres hermanos. La prueba rendida respecto de la demandada tanto por ella como por la parte contraria es consistente y logra acreditar que la madre demandada se encuentra cesante desde marzo de 2020. Este año no cuenta con otros ingresos que no sean los pagos que ha percibido por subsidio de cesantía; atendida su situación socioeconómica ha sido beneficiaria de los bonos y beneficios que ha otorgado el gobierno como consecuencia de la crisis sanitaria de público

conocimiento que nos afecta. Ha sido ella quien se ha encargado de satisfacer todas las necesidades de sus hijos atendido el reiterado incumplimiento del padre.

(...) si bien es cierto ambos padres deben contribuir a la manutención de sus hijos, teniendo en consideración que las partes tienen cuatro hijos en común, todos menores de edad, tres de ellos al cuidado de la madre, respecto de los cuales el padre no efectúa aportes no obstante encontrarse regulada una pensión de alimentos a favor de esos hijos, no se regulará pensión de alimentos a favor de (la niña) con cargo a su madre, por cuanto el padre se encuentra en condiciones de satisfacer las necesidades de la única hija que tiene a su cargo sin la ayuda materna.».

Cuarto: Que, en lo que concierne a la infracción legal denunciada, se debe tener presente que, como esta Corte ha señalado reiteradamente, sólo la judicatura del fondo se encuentra facultada para fijar los hechos de la causa, sin que sea dable su revisión en esta sede, a menos que se denuncie el quebrantamiento de disposiciones que integran el sistema valorativo de la sana crítica y se explique, de manera eficiente, la forma cómo se conculcaron los principios de la lógica, las máximas de la experiencia o los conocimientos científicamente afianzados, lo que, en la especie, no ocurrió, puesto que no se acusó la vulneración de la norma reguladora de la prueba atinente al procedimiento en examen, esto es, el artículo 32 de la Ley N° 19.968 y la argumentación planteada no contiene ningún desarrollo relativo a las reglas y principios de la sana crítica que habrían sido quebrantadas o al modo en que ello habría ocurrido.

Quinto: Que, asimismo, se advierte que el cuestionamiento que se plantea por una errónea aplicación de los artículos 321, 323, 329, 332 y 335 del Código Civil, y las restantes normas, resulta ser una nueva crítica a la forma en que fueron establecidos los hechos, aspectos que, se reitera, no pueden ser revisados a través de este recurso.

Sexto: Que, en consecuencia, se debe concluir que el dictamen impugnado se revela como el resultado de la correcta aplicación de la normativa sustantiva atinente al caso, por lo que el arbitrio presentado debe ser desestimado en esta etapa procesal por adolecer de manifiesta falta de fundamento.

Por estas consideraciones y de conformidad con las normas citadas, se rechaza el recurso de casación en el fondo interpuesto contra la sentencia de veintiuno de julio de dos mil veintidós, dictada por la Corte de Apelaciones de Valparaíso.

Regístrese y devuélvase.

Pronunciado por la Cuarta Sala de la Corte Suprema integrada por los Ministros (as) Ricardo Blanco

H., Andrea Maria Muñoz S., María Teresa De Jesús Letelier R. y los Abogados (as) Integrantes Gonzalo Enrique Ruz L., Eduardo Valentín Morales R. Santiago, veintiocho de octubre de dos mil veintidós.

5. Corte Suprema, 30 de noviembre de 2022, rol N° 16.630-2022

Redacción del Ministro Carroza y el voto en contra de su autor.

Acción constitucional de protección. Tabla de factores. Admisibilidad del recurso de queja. Incorporación de hijo recién nacido. Actuación de oficio de la Corte. Resoluciones susceptibles del recurso de queja. Naturaleza jurídica de resolución impugnada. Isapre Consalud S.A. (Derecho constitucional)

Santiago, a treinta de noviembre de dos mil veintidós.

Vistos:

Se reproduce la sentencia en alzada, únicamente en su parte expositiva.

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

Primero: Que la recurrente en estos autos apela de la sentencia de primera instancia sosteniendo que la recurrida no solo debe abstenerse de utilizar y aplicar la tabla de factores elaborada en base a aquellas normas legales que fueron declaradas inconstitucionales y derogadas por la sentencia dictada por el Tribunal Constitucional, el día 6 de agosto del año 2010, en autos Rol 1710 10 INC, como allí se dispone, sino que, además:

1. Debe ordenarse que la recurrida debe fijar como precio único de su contrato individual de salud el del precio base de su plan de salud, considerando "un único precio base, sin distinguir el tamaño del grupo familiar";
2. Debe ordenarse no aplicar modificación alguna al contrato de salud individual al agregarse una carga, cuando "el financiamiento de la cobertura médica asociada a las cargas es suficientemente cubierta por la prima GES".

Segundo: Que, por su parte, la recurrida impugna dicha sentencia, sosteniendo que la tabla de factores como tal no ha devenido en inconstitucional y que, por tanto, puede ser aplicada al contrato de salud individual de la recurrente para efectos de determinar su precio final, pues solo se han derogado parte de las disposiciones contenidas en artículo 199 del Decreto con Fuerza de Ley N° 1, de 2005, del Ministerio de Salud.

Añade que, específicamente en lo que toca a la cobertura de las cargas menores de dos años, ha sido el propio Tribunal Constitucional quien, en recursos fallados posteriormente al citado Rol 1710 10 INC, ha declarado que asociar a su cobertura un factor de riesgo no sería discriminatorio ni desproporcionado y, por tanto, tampoco inconstitucional establecer para cada plan de salud y aplicar en cada contrato individual una tabla de factores que así lo estableciera (Rol N° 5.795 18 INA y una serie de fallos en similar sentido que el arbitrio menciona).

Agrega que, además, en mérito de las disposiciones legales que no han sido declaradas inconstitucionales y las Circulares de la Superintendencia de Salud entre las IF 317 de 18 de octubre de 2018 y la IF 343, de 11 de diciembre de 2019 que no han sido dejadas sin efecto, resulta que "la aplicación de la tabla [de factores] sigue siendo obligatoria para las ISAPRE en virtud de la legislación vigente".

Concluye, argumentando que el impedir la aplicación de la tabla hace imposible su sostenibilidad financiera por las razones que expone.

Tercero: Que de lo señalado en los considerandos anteriores y lo expresado por las partes en estrados, se puede colegir que la controversia objeto de esta causa radica en la forma en que se ha determinado por la Isapre recurrida el precio final del contrato de salud de la recurrente, aplicando la tabla de factores asociada.

Que dicha controversia, para una mejor resolución, puede descomponerse lógicamente en los siguientes aspectos:

A) La ilegalidad o arbitrariedad de considerar para la determinación del precio final de un contrato individual de salud una tabla de factores de riesgo asociada al cotizante o afiliado, cuya aplicación altere el precio del plan de salud contratado;

B) Si se acepta que ello no es ilegal o arbitrario, corresponde discutir la ilegalidad o arbitrariedad de considerar para la determinación del precio final de un contrato individual de salud el número de sus beneficiarios o cargas adicionales al cotizante o afiliado;

C) Aún aceptando lo anterior, resta discutir la ilegalidad o arbitrariedad de la determinación de los factores de riesgo y su cuantía asociados a la tabla de factores fijada por la ISAPRE recurrida para el plan de salud de la recurrente, con especial consideración del hecho de ser menor de dos años la nueva carga.

I. Sobre la ilegalidad o arbitrariedad de emplear tablas de factores de riesgo de salud en la determinación de los precios finales de los contratos individuales de salud.

Cuarto: Que el empleo de tablas de factores en la determinación del precio final de un contrato individual de salud ha sido objeto de una masiva litigación, con miles de causas y sentencias asociadas cuya doctrina principal recoge la sentencia recurrida en sus eliminados considerandos sexto y séptimo. Ella puede resumirse en la afirmación de que es arbitraria un alza en el precio final de un contrato de salud por aplicación de una tabla de factores de edad o sexo del afiliado o contratante, como entre otras miles de sentencias se afirma en las causas CS Roles N° 58.873 2018 y N° 2.681 2020 que la sentencia en alzada cita.

Quinto: Que, sin embargo, un mejor estudio de los antecedentes, hace necesario precisar los efectos generales que se le ha dado a esta doctrina, pues sin abandonar su pertinencia respecto de los casos en que se producen alzas unilaterales de los precios de los contratos individuales de salud por el solo transcurso del tiempo y la llegada de un afiliado o afiliada a una edad determinada, lo cierto es que ese no es el caso de la aplicación de una tabla de factores de riesgo de salud para la determinación del precio de un nuevo contrato individual de salud, respecto de un afiliado que recién se incorpora a la ISAPRE que se trate.

Sexto: Que, en efecto, es un hecho que tras la declaración de inconstitucionalidad y consecuente derogación por la sentencia Rol N° 1710 10 del Tribunal Constitucional, de los numerales 1, 2, 3 y 4 del actual artículo 199 del Decreto con Fuerza de Ley N° 1, del año 2005, del Ministerio de Salud, siguen vigentes sus artículos 170, letras n) y m), 199, inciso primero,

202 y 203, que hacen referencia expresa a las tablas de factores según edad, sexo y condición de cotizante o carga, con respecto a grupos definidos por la Superintendencia en instrucciones de general aplicación y a la forma como ellas inciden en la determinación del precio final de los contratos individuales de salud, disponiendo al efecto el citado inciso primero del artículo 199 de dicho cuerpo legal: "Para determinar el precio que el afiliado deberá pagar a la Institución de Salud Previsional por el plan de salud, la Institución deberá aplicar a los precios base que resulten de lo dispuesto en el artículo precedente, el o los factores que correspondan a cada beneficiario, de acuerdo a la respectiva tabla de factores".

Séptimo: Que, de este modo, con el fin de dar aplicación a la subsistencia de las normas citadas y siguiendo los lineamientos del Tribunal Constitucional en orden a eliminar la discriminación por sexo y restringir la derivada de la edad, la Superintendencia de Salud dictó la Circular IF/Nº 343 de la Superintendencia de Salud, de 11 de diciembre de 2019, que Imparte Instrucciones sobre una Tabla de Factores Única para el Sistema ISAPRE, donde se dispone:

"Las instituciones de salud previsional deberán utilizar, para la totalidad de los planes que comercialicen, durante los próximos cinco años contados desde la entrada en vigencia de las presentes instrucciones, la tabla de factores única que se indica a continuación:

Tabla de Factores

Tramos de Edad Cotizante s Cargas

0 a menos de 20 años	0,6	0,6
20 a menos de 25 años	0,9	0,7
25 a menos de 35 años	1,0	0,7
35 a menos de 45 años	1,3	0,9
45 a menos de 55 años	1,4	1,0
55 a menos de 65 años	2,0	1,4
65 y más años	2,4	2,2

Dicha tabla será aplicada para la determinación del precio en el momento de la suscripción del contrato y de la incorporación de beneficiarios, según sea el caso. Sin embargo, no regirá para efectos de modificación del precio por cambio de tramo etario".

Octavo: Que, por una parte, estas instrucciones son coincidentes con lo que ya se ha resuelto en reiteradas oportunidades por esta Corte, en el sentido de que no es posible distinguir en razón del sexo, por la vía de aplicar a las cotizantes mujeres principalmente a aquellas en edad fértil un factor superior a aquel que correspondería, para el mismo plan, a un hombre de igual edad. Sobre este punto se refieren, entre muchos otros, los fallos CS Roles Nº 9.169 2019, Nº 119.739 2020, Nº 132.125 2020 y Nº 5.132 2021, los cuales se sustentan precisamente en haberse derogado este componente a la hora de determinar los factores de la tabla.

Noveno: Que, por otra parte, en cuanto la prohibición del alza del precio de un contrato vigente por aplicación de la Tabla de Factores, las instrucciones de la Superintendencia de

Salud en la ya citada Circular N° 343, son también plenamente compatibles con lo resuelto masivamente por esta Corte, al disponer que la Tabla Única de Factores "no registrará para efectos de modificación del precio por cambio de tramo etario". Aquella instrucción no es sino una reiteración de lo señalado, en su oportunidad, en la Circular N° 317 de 18 de octubre de 2018, que "Instruye a las Isapres Aplicar la Reducción del Precio por Cambio de Factor Etario en la Ejecución de los Contratos de Salud Previsional", conforme a la cual, desde la dictación de la referida sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 1710, "no existe controversia en cuanto a que mientras no sea modificada la ley, las Isapres se encuentran impedidas de aplicar aumentos de precio por cambio de factor etario de los beneficiarios de los contratos de salud, toda vez que han dejado de regir las normas que otorgaban sustento legal a esa facultad".

Además, el regulador remarca que, "sin embargo, tratándose de la reducción del factor etario que favorece al beneficiario que cambia de tramo, este Organismo a través de su Tribunal Especial, ha venido resolviendo desde el año 2013 las controversias sobre la materia, disponiendo la aplicación de la rebaja del precio, al estimar que la mantención del factor de riesgo fijado en las tablas para el tramo etario anterior es contrario a la Constitución, lesionando los derechos del cotizante y sus beneficiarios a la protección de la salud y a la seguridad social de manera indefinida y permanente, al gravar en forma desproporcionada el costo del plan de salud, dejándolos en una situación de vulnerabilidad", razón por la cual instruye a las instituciones "la obligación de aplicar, cada vez que corresponda, la reducción del precio por cambio del factor etario de los beneficiarios de sus contratos de salud", ratificando que se encuentran impedidas de aplicar aumentos de precio por este motivo.

De allí se sigue que, actualmente, la edad sea un componente que, en la medida que exista una permanencia dentro de un mismo plan, juega en beneficio del afiliado y sus beneficiarios, aplicándose siempre a la baja y, en otros términos, el cambio de tramo etario no motivará jamás un alza en el precio final del plan.

Décimo: Que, en consecuencia, tras este nuevo estudio de los antecedentes, esta Corte entiende que no es ilegal, para la determinación del precio final de un nuevo contrato individual de salud, multiplicar el precio base del plan complementario de salud ofrecido por el factor de riesgo del cotizante o afiliado determinado en una tabla de general aplicación, que no discrimine por sexo y que establezca grupos etarios correspondientes a sus riesgos de salud, de conformidad con la instrucción general contenida en la Circular IF/N° 343, de 11 de diciembre de 2019, de la Superintendencia de Salud. El precio final así fijado al momento de contratar no podrá modificarse al alza por el solo cambio de grupo etario del cotizante o afiliado durante la vigencia del contrato.

II. Sobre si es ilegal o arbitrario considerar para la determinación del precio final de un contrato individual de salud el número de sus beneficiarios o cargas adicionales al cotizante o afiliado.

Undécimo: Que a efectos de dilucidar esta cuestión, planteada por la recurrente como el hecho de que, al aplicar la tabla de factores al cotizante y a cada nuevo beneficiario, se estarían

cobrando tantos planes base como la suma de factores resultante (en la especie: 3,9 "planes base"), cabe señalar en primer lugar que, de conformidad con lo razonado en el apartado anterior, el precio final del contrato individual de salud se determina multiplicando el valor del precio base del plan de salud complementario ofrecido por el factor de riesgo de la tabla respectiva.

Luego, siguiendo el ejemplo de la tabla de factores única establecida en la Circular IF/Nº 343, al suscribirse un nuevo contrato de salud entre una Isapre y un cotizante individual de 60 años, el precio final de su contrato de salud individual se calcula multiplicando por "2" el valor del plan base ofrecido (2PB), sin que ello importe una duplicación de dicho plan base. Y si, al momento de contratar, se incorpora como carga el cónyuge, de 50 años edad, el precio final será la suma de los factores de ambos beneficiarios (3: 2 del cotizante más 1 de la carga) multiplicada por el precio base del plan respectivo (3PB), sin que ello importe una triplicación de planes base, sino únicamente la aplicación de la fórmula prevista en los artículos 170 letra n) y 199 del DFL Nº 1, de 2005.

Duodécimo: Que esta interpretación es coincidente con la entregada por la Superintendencia de Salud quien, informando a esta Corte en la tramitación de este recurso señaló, en lo pertinente: "Con respecto a la distinción entre precio base y precio final, podemos señalar que el artículo 170 letra m) del DFL Nº 1/2005 del Ministerio de Salud transcrito en el numeral 3 de este informe diferencia uno del otro, de esta suerte, el precio base es único, esto es, se aplica a todos los afiliados de un mismo plan y, por otra parte, el precio final es variable, ya que dependerá de la cantidad de personas beneficiarias de un contrato y del factor de edad que les corresponda.

En este mismo orden de ideas, puede decirse que precio base y precio final no necesariamente serán equivalentes.

(...)

De lo expuesto, aparece establecido que el precio base es el que asigna la Institución de Salud Previsional a cada plan de salud, con total independencia del número de beneficiarios, y se aplica a todas las personas que contraten el mismo plan, es decir, el precio base del plan de salud no varía.

Distinto es el caso del precio final, el cual como la misma norma indica se obtiene de multiplicar el respectivo precio base por el factor que corresponde al afiliado o beneficiario de acuerdo a la respectiva tabla de factores.

Es decir, el precio base, siendo único, es una base de cálculo para la determinación del precio final resultante de la aplicación de la tabla de factores y beneficiarios".

Menciona, a su vez, el Oficio Ord. SS/Nº 1506 de 27 de mayo de 2022, en respuesta a una presentación de la Asociación de Isapres, el cual adjunta y que explica: "es el precio final y no el precio base, el que se modifica por la variación del número de beneficiarios" y finaliza señalando "que la interpretación de esa Asociación en orden a que se reconocería la aplicación

de tantos precios bases como beneficiarios del contrato no tiene asidero en la normativa previamente reseñada".

Décimo tercero: Que esta forma de calcular la cotización pactada que determina el precio final de contrato individual de salud, basada en la multiplicación del valor de un plan base por la suma de los factores de riesgo de sus beneficiarios, difiere de manera evidente del sistema previsto para las cotizaciones al Fondo Nacional de Salud, basadas en un porcentaje único para cada afiliado, con independencia del número de cargas legales que deba atender, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 84 del Decreto Ley N° 3.500, 1 del Decreto Ley N° 3.501 y 137 del Decreto con Fuerza de Ley N° 1, de 2005, ya singularizado.

Ello puede explicarse pues el sistema de financiamiento de uno y otro régimen es completamente diferente: el del sistema privado de salud se financia íntegramente con "cargo al aporte de la cotización legal para salud o una superior convenida" con sus afiliados (artículo 171 Decreto con Fuerza de Ley N° 1, de 2005); mientras el del Fondo Nacional de Salud lo hace con dichas cotizaciones y "los recursos que establezcan las leyes", entre ellas, las de Presupuesto General de la Nación (artículo 158 del mismo cuerpo normativo). Del mismo modo, las personas beneficiarias del Fondo Nacional de Salud, tienen derecho a un porcentaje de contribución de sus gastos de salud en los servicios públicos, del que carecen los afiliados a las Instituciones de Salud Previsional, quienes deben pagar el valor total de las prestaciones que de dicho servicio reciban (artículo 157 del Decreto con Fuerza de Ley N° 1 de 2005).

Décimo cuarto: Que, todo lo señalado hasta ahora permite entender la naturaleza única del precio base de cada plan de salud ofrecido por las Isapres a sus eventuales contratantes, esto es, no sólo se trata del mismo para todos aquellos afiliados que contraten el mismo plan sino que, contratado éste, su monto no varía en razón del número, sexo o la edad de los contratantes y sus beneficiarios, manteniéndose en una suma constante.

Distinto es el caso del precio final, de carácter variable respecto de cada contrato de salud individual, y cuya cuantía depende precisamente de la cantidad de beneficiarios y del factor de riesgo que a cada uno corresponda, fijado en la tabla de factores aplicable. En otras palabras, la operación regulada en el artículo 199 del DFL N° 1 exige que, para determinar la cotización pactada en el precio final de cada contrato individual, el precio base del plan contratado ("Precio Base Plan") sea multiplicado por la suma de los factores de riesgo que correspondan a cada uno de los beneficiarios ("Factor Grupo Familiar"), cantidad que deberá ser sumada a las primas GES, CAEC y los beneficios adicionales, tal como se expresa en las casillas del Formulario Único de Notificación preparado por la Superintendencia del ramo.

Décimo quinto: Que por lo dicho anteriormente, esta Corte considera ajustado al texto legal el procedimiento de cálculo del precio final del concertado individual de salud aplicado a la recurrente, esto es, la multiplicación del precio base ofertado por la suma de los factores de la tabla respectiva de todos los miembros del grupo familiar, sin perjuicio de lo que

se dirá enseguida sobre la cuantía de los valores comprendidos en la tabla aplicada en la especie, particularmente respecto de la carga nonata que se incorpora.

III. Sobre la especial situación de la carga no nata y la menor de dos años

Décimo sexto: Que, sin perjuicio de lo ya señalado, es necesario todavía hacerse cargo en este lugar de la especial situación de la incorporación de cargas no natas y menores de 2 años, en principio causante de un alza del precio final del contrato respectivo, por la suma del factor 0,6, que la Tabla de Factores contenida en la Circular IF/ N° 343 de la Superintendencia de Salud establece para todas las cargas de 0 a 20 años.

Décimo séptimo: Que, al respecto, esta Corte ha venido decidiendo de también de manera uniforme, indicando que "la cobertura de las prestaciones que motivan el alza del plan de salud de la parte recurrente, en razón de la incorporación de un hijo menor de 2 años, se encuentra cubierta de conformidad a las disposiciones de la Ley N° 19.966 de Régimen general de Garantías de Salud, abarcando, aminorando o atenuando los riesgos de un importante número de dolencias" (SCS Roles N° 27.843 2019 y 26.959 2019, entre otros).

Por lo demás, de esta forma se asegura el acceso de todo niño recién nacido, a las prestaciones de salud necesarias para un período relevante de su desarrollo, materializando así un derecho básico cuyo titular es un sujeto de especial protección. En efecto, el derecho del niño de acceso a la salud, se encuentra no sólo en la Convención de los Derechos del Niño ratificada por Chile, sino también constituye uno de los pilares fundamentales de la reciente Ley N° 21.430 cuyo artículo 38 dispone, en lo pertinente: "Derecho a la salud y a los servicios de salud. Todo niño, niña y adolescente, con independencia de su edad y estatus migratorio, tiene derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, y a servicios y procedimientos de medicina preventiva, tratamiento de las enfermedades y rehabilitación de la salud (...) El Estado debe garantizar progresivamente a todos los niños, niñas y adolescentes acceso universal e igualitario a planes, programas y servicios de prevención, promoción, protección, tratamiento y rehabilitación de la salud. Asimismo, debe asegurarles acceso a servicios médicos y odontológicos periódicos y a servicios de salud mental, adoptando todas las medidas necesarias para su plena efectividad, sea en el sistema público o en el sistema privado de salud. Los niños, niñas y adolescentes deberán contar con su propia credencial de pertenencia a un sistema de salud, sea público o privado".

Décimo octavo: Que, a la luz de lo anterior, corresponde concluir que, si bien la incorporación de un nuevo beneficiario produciría una justificada modificación al alza del precio del contrato individual de salud, ésta ha de verse suspendida entre su desarrollo intrauterino y los dos años de edad, sin perjuicio del cobro por la prima GES correspondiente que, en ese período cubriría los riesgos de un importante número de dolencias del no nato y el recién nacido, en la forma que se expresará en lo resolutivo de esta sentencia.

IV. Sobre la ilegalidad o arbitrariedad de la determinación de los factores de riesgo y su cuantía asociados a la tabla de factores fijada por la ISAPRE recurrida para el plan base de la recurrente, con especial consideración del hecho de ser menor de dos años la nueva carga.

Décimo noveno: Que, llegados a este punto, cabe ahora abocarse al examen particular del alza del precio del contrato de salud individual de la recurrente mediante la aplicación de la tabla de factores asociada por la incorporación de un una nueva carga no nata y, en consecuencia, menor de dos años.

Vigésimo: Que son hechos no controvertidos en esta causa, corroborados por los documentos acompañados, los siguientes:

1. Que con fecha 24 de enero de 2022 la recurrente suscribió con la recurrida un Formulario Único de Notificación de modificación de su contrato individual de salud, agregando un beneficiario no nato.
2. Que el Plan de Salud Complementario contratado por la recurrente corresponde al signado con el código MDT3319, "Mediterráneo 3319", de carácter individual, cuyo precio base, a la fecha de la modificación referida, es de 1,73 UF.
3. Que la Tabla de Factores acompañada a dicho Plan de Salud Complementario contempla una fijación de precios de suscripción y modificación al número de beneficiarios que fija valores diferenciados para 14 grupos etarios, distinguiendo, además, entre cotizantes y cargas, masculinas y femeninas.
4. Que en el Formulario Único de Notificación donde se acuerda el alza reclamada figura como "Precio Base Plan" la cantidad de 1,73 UF y como "Factor Grupo Familiar" el guarismo 3,90, de tal modo que su multiplicación resulta 6,75 UF, a la que se añade un precio GES de 1,54 UF para llegar a una "Cotización Pactada" de 8,29 UF, que resulta ser el precio final del contrato individual de salud así modificado.
5. Que de conformidad con la tabla de factores asociada, el mencionado guarismo de 3,90 corresponde a la suma del factor de la cotizante, determinado por sexo y edad en 1,9, más la del nonato incorporado, determinado por sexo y edad en 2.
6. Que, de este modo, se ha alzado el valor del precio final del contrato de salud de la recurrente, sumando los factores correspondientes a su edad y sexo con los del hijo no nato que se incorpora.

Vigésimo primero: Que lo primero que cabe advertir a esta Corte en la especie es el empleo de una tabla de factores por parte de la recurrida que no sólo difiere de la que ordena aplicar la Superintendencia del ramo en su Circular IF/Nº 343, de 2019, sino que, al así hacerlo, controvierte directamente los fundamentos de la sentencia del Tribunal Constitucional Rol Nº 1.710 10 que declaró inconstitucional la diferenciación por sexo y edad en las tablas de factores de las Instituciones de Salud Previsional, derogando las normas legales que así lo permitían.

Vigésimo segundo: Que, en efecto, en dicha sentencia del Tribunal Constitucional que la Superintendencia de Salud tuvo expresamente en consideración al emitir la Circular IF/Nº

343, se señaló haber logrado convicción en cuanto a que los números 1, 2, 3 y 4 del inciso tercero del artículo 38 ter de la Ley N° 18.933, que permitían una diferenciación por sexo y etaria en tramos de entre tres y cinco años "son incompatibles con el derecho a la igualdad ante la ley, especialmente entre hombres y mujeres y lesionan, asimismo, el derecho a la protección de la salud y el derecho a la seguridad social, en el sentido que todos ellos se encuentran reconocidos y asegurados en nuestra Carta Fundamental"; añadiendo que "si bien las diferencias fundadas en los criterios de la edad y del sexo de las personas no son, en sí mismas, jurídicamente reprochables, ni tampoco prima facie arbitrarias, siempre que respondan a una fundamentación razonable, sí lo son aquellas que se derivan de dichos preceptos. En efecto, los numerales 1, 2, 3 y 4 del inciso tercero del artículo 38 ter de la Ley N° 18.833 son contrarios a la igualdad ante la ley asegurada en el numeral 2° del artículo 19 de la Carta Fundamental, toda vez que admiten el establecimiento de diferencias arbitrarias al no instituir límites idóneos, necesarios, proporcionados y, por ende, razonables, respecto del ejercicio de la potestad discrecional que el mismo precepto legal entrega a la Superintendencia del ramo para aplicar, a través de instrucciones de general aplicación, los topes de edad, dentro de la estructura de las tablas de factores que, a su vez, deben utilizar las Isapres al elaborar los planes de salud que ofrezcan a sus afiliados y para determinar la manera cómo influirá en la variación del precio de tales contratos el aumento o la reducción del factor que corresponda a un beneficiario del respectivo plan en razón de su edad".

Y concluye que "el seguro de salud que opera en este ámbito tiene por objeto garantizar el acceso a las prestaciones de salud. Por lo mismo, precios desproporcionados en relación a las rentas, determinados en base a factores como el sexo y la edad, ambos inherentes a la condición humana, afectan el libre e igualitario acceso a las acciones de salud que el Estado está obligado a garantizar. Para ajustarse a la garantía constitucional reseñada, el legislador debió establecer parámetros prudentes, dentro de latitudes razonables, al determinar las condiciones a las que debe ajustarse la fijación del precio de un seguro de salud que se contrate con una Isapre".

Vigésimo tercero: Que, en este punto, es necesario manifestar que el contrato de salud no puede reducirse a un seguro individual, pues opera a fin de materializar el ejercicio del derecho constitucional a la protección de la salud y a la seguridad social, tratándose de una convención en que la entidad en cuestión tiene asegurada una cotización y su monto, razón por la cual las normas que regulan este vínculo son de orden público y el servicio que prestan puede ser calificado como uno de dicho carácter, en atención a su objeto. En otras palabras, nos encontramos frente a un contrato dirigido por el legislador, en que se encuentra mitigado el principio de autonomía de la voluntad y cuyas normas son de orden público, en el sentido material y tradicional del término.

En esta línea de pensamiento, se ha resuelto que sus reglas contractuales "no se ciñen a las pautas de la autonomía de la voluntad de los contratantes, puesto que la intervención del legislador tiene por objeto proteger al contratante débil o usuario del sistema privado de

salud. Y, en segundo lugar, porque las reglas de intervención del legislador no sol sólo a efectos de corregir anomalías o precaver algún interés público. Se trata de definir contratos orientados por la naturaleza del derecho, esto es, un derecho de protección de la salud integrante de la seguridad social" (STC Rol N° 3227 16).

En el mismo sentido ha decidido esta Corte en reiteradas oportunidades, explicando: "La institución de salud previsional concurre, en este caso, a cooperar en la función pública de protección de la salud de las personas, constituyendo su actividad una actividad de servicio público, desde el punto de vista material, labor a la cual adhirió libremente. Es por ello que debe tener en consideración en su labor el bien común y, por lo mismo, que al haber contraído el compromiso de velar por el bienestar social y la utilidad colectiva, su actuar necesariamente ha de estar orientado hacia la promoción del bien común principio esencial recogido en las Bases de la Institucionalidad, ubicado en el Capítulo I de la Carta Fundamental, obligatorio tanto para gobernantes como para gobernados, cuya maximización persigue la satisfacción de una necesidad pública de primer orden" (SCS Rol N° 131.731 2020. En el mismo sentido, Roles N° 21.189 2019 y N° 24.740 2018).

Es precisamente en este contexto que puede afirmarse que las tablas de factores elaboradas por cada Isapre, según se ha razonado, adolecen de nulidad absoluta por objeto ilícito, al contravenir el derecho público chileno, por hallarse en contradicción con la Carta Fundamental.

Vigésimo cuarto: Que, como se ha adelantado, la Tabla de Factores empleada por la entidad recurrida mantiene el esquema de diferenciación por sexo y edad en catorce tramos que el Tribunal Constitucional estimó contrario a las garantía de la igualdad ante la ley del N° 2 del artículo 19 de la Carta Magna.

Además, dicha tabla de factores difiere no sólo en su estructura, sino también en sus guarismos, de los términos de la Tabla Única contenida en la Circular IF/ N° 343 de la Superintendencia del ramo, antes transcrita, que no diferencia por sexo, mantiene apenas 7 tramos etarios y establece factores de 1,0 y 0,6 para cotizante y cargas en edades equivalentes a la de la recurrente y su entonces hijo no nato.

Vigésimo quinto: Que por lo recién expresado, si bien el mecanismo de determinación del precio final del contrato de salud individual de la recurrente, esto es, la multiplicación del precio del plan base por la suma de los factores del grupo familiar, es conforme a la ley vigente, lo cierto es que la recurrida, al considerar en ese procedimiento una tabla de factores que distingue por sexo entre 14 grupos etarios, incurre en un acto ilegal y arbitraria, pues las disposiciones que permitían esa clase de discriminaciones fueron derogadas por la sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 1.710 10, por infringir la garantía de igualdad ante la ley del artículo 19 N° 2 de la Carta Fundamental.

Este carácter discriminatorio de la tabla de factores empleada por la recurrida produce un alza irrazonable del valor del precio final del contrato de salud de la recurrente, como se constata al comprar la suma de factores del grupo familiar que de su aplicación resulta en el caso

concreto (3,9) con la que resulta de la aplicación de la contenida en la Circular IF/N° 343 de la Superintendencia de Salud (1,6), razón suficiente para acoger el presente recurso, en los términos que se señalará en lo dispositivo de esta sentencia.

Vigésimo sexto: Que, establecido lo anterior, no escapa a esta Corte la constatación de que la arbitrariedad impugnada no es producto del acto individual de la modificación del contrato de salud de la recurrente, sino de la aplicación para ello de la tabla de factores ("TABLA DE FIJACIÓN DE PRECIOS DE SUSCRIPCIÓN Y MODIFICACIÓN AL NÚMERO DE BENEFICIADOS") que la recurrida, según expresó en su informe y apelación de autos, mantiene vigente para todos sus planes de salud suscritos con anterioridad al 11 de diciembre de 2019, a pesar de su carácter discriminatorio por sexo y edad.

Vigésimo séptimo: Que, por tanto, al acoger este recurso, para dar adecuada protección al recurrente y a todos los afectados con la aplicación de la tabla de factores empleada por la recurrida a sus planes y contratos de salud, con pleno respeto del principio de igualdad consagrado en el artículo 19 N° 2 de la Constitución Política de la República, esta Corte deberá declarar como ilegal y arbitrario el hecho de mantener su vigencia con carácter general para todos los contratos individuales de salud que administra y a los que aplica, ordenando las medidas que se indicarán en lo resolutivo para restablecer el imperio del derecho, de conformidad con las facultades conferidas en el artículo 20 de la Carta Fundamental.

Vigésimo octavo: Que, por otra parte, considerando el carácter eminentemente cautelar de la acción deducida, no es posible, por esta vía, determinar la existencia de eventuales cantidades a devolver y su monto, razón por la cual será el órgano fiscalizador quien, en su caso, determinará la forma de proceder a su cómputo y diseñará las directrices, forma y condiciones de devolución, en caso de corresponder.

Y visto, además, lo dispuesto en el artículo 20 de la Constitución Política de la República y el Auto Acordado de esta Corte sobre la materia, se confirma la sentencia apelada de veinte de mayo de dos mil veintidós, dictada por la Corte de Apelaciones de Valparaíso, con declaración que:

1. Se deja sin efecto la "TABLA DE FIJACIÓN DE PRECIOS DE SUSCRIPCIÓN Y MODIFICACIÓN AL NÚMERO DE BENEFICIADOS" o tabla de factores que la recurrida, Isapre Colmena Golden Cross S.A., tiene asociada al plan de salud contratado por la recurrente;
2. Consecuencialmente, se deja sin efecto la aplicación de dicha tabla de factores para calcular el precio final de todos los contratos de salud individual administrados por la Isapre Colmena Golden Cross S.A.;
3. En su lugar, Isapre Colmena Golden Cross S.A. deberá calcular el precio final de todos los contratos de salud que administre, multiplicando valor del plan base correspondiente por la

suma de los factores del grupo familiar, aplicando para ello la Tabla Única de Factores contenida en la Circular IF/Nº 343 de la Superintendencia de Salud.

4. La aplicación del procedimiento anterior no podrá importar un alza del precio final de los contratos de los afiliados a la recurrida, respecto del fijado al momento de ejecutoriarse esta sentencia.

5. Una vez calculado el precio final de los contratos individuales, aplicando la Tabla Única de Factores contenida en la Circular IF/Nº 343 de la Superintendencia de Salud, sólo podrá autorizarse una alza del precio final de dichos contratos cuando se funde en la incorporación de nuevas cargas o beneficiarios y la suma de los factores de riesgo del grupo familiar allí previstos así lo determine, alza cuyo cobro se suspenderá hasta que la nueva carga cumpla dos años de edad en caso de ser no nata o menor de esa edad.

6. La Superintendencia de Salud, en ejercicio de sus facultades de fiscalización y dentro del plazo de seis meses, determinará el modo de hacer efectiva la adecuación del precio final de todos los contratos de salud administrados por la recurrente a los términos de la Tabla Única de Factores contenida en la Circular IF/Nº 343.

7. La Superintendencia de Salud dispondrá, además, las medidas administrativas para que, en el evento de que la aplicación de la Tabla Única de Factores contenida en la Circular IF/Nº 343 de la Superintendencia de Salud determine un precio final del contrato inferior al cobrado y percibido por la recurrida, las cantidades recibidas en exceso y cuyo cobro no esté prescrito sean restituidas como excedentes de cotizaciones.

8º. Que el Secretario de esta Corte oficiará a todas las Cortes de Apelaciones que estén conociendo recursos de protección contra Isapre Colmena Golden Cross S.A. por la aplicación de "TABLA DE FIJACIÓN DE PRECIOS DE SUSCRIPCIÓN Y MODIFICACIÓN AL NÚMERO DE BENEFICIARIOS", para que se agregue copia autorizada de esta sentencia.

9º. Que, sin perjuicio de todo lo resuelto, se deja sin efecto el alza en el valor del precio base del plan de salud de la parte recurrente.

10. Que no se condena en costas a la recurrida, por no haber sido totalmente vencida.

Acordada con el voto en contra del Ministro señor Muñoz quien fue de parecer de revocar la sentencia apelada y acoger el recurso de protección, declarando expresamente que al actor la Isapre recurrida solamente le puede cobrar un precio base, en el que quedan incluidas todas las personas beneficiarias de su plan de salud, sin que pueda adicionar cobro alguno por la aplicación de tabla de factores, para lo cual tiene en consideración las motivaciones décimo cuarta párrafo primero, décimo séptima, vigésima y vigésima tercera y vigésima sexta como, además, los siguientes fundamentos:

1º Que, en relación al precio base, tal como se ha razonado, queda establecido como un hecho irredargüible que no es posible entender que existan tantos precios base como beneficiarios de un plan, puesto que solamente hay un precio base por cada cotizante que contrate con la Isapre, sin que éste pueda reproducirse por cada uno de los beneficiarios.

Dicho de otro modo, el precio base es único para cada plan de salud y, por tanto, las Isapres no se encuentran facultadas para cobrar un valor base por cada beneficiario de un contrato de salud, como mecanismo de reemplazo de la tabla de factores de riesgo. En efecto, si bien la Ley estableció un sistema de salud previsional en el que pueden intervenir como prestadores tanto el Estado como privados los que naturalmente serán distintos en múltiples aspectos las diferencias entre ambos no pueden ser de una entidad tal que genere situaciones de inequidad y desigualdad entre los afiliados a uno u otro sistema, lo que ocurriría si la Isapre procediera a imponer precios por sus planes de salud en la forma señalada, dado que el sistema público de salud establece un precio único, con prescindencia de los beneficiarios o cargas del titular.

Si ello se hiciera efectivo, en definitiva asimilaría el precio del plan a la prima de un contrato de seguro privado, lo cual claramente atenta contra la naturaleza de servicio público que tienen las Instituciones de Salud Previsional, dado que perderían precisamente su carácter previsional.

2° Que, respecto de la aplicación de la tabla de factores de riesgo, se debe tener presente que los numerales 1°, 2°, 3° y 4° del artículo 38 ter de la Ley N° 18.933 fueron declarados inconstitucionales por la sentencia del Tribunal Constitucional de 6 de agosto de 2010. De esta forma y según lo dispone el inciso tercero del artículo 94 de la Constitución Política de la República, la mencionada disposición legal "se entenderá derogada desde la publicación en el Diario Oficial de la sentencia que acoja el reclamo, la que no producirá efecto retroactivo", publicación que se cumplió con fecha 9 de agosto de 2010.

3° Que, en tal virtud y teniendo en consideración que la disposición legal del artículo 38 ter de la Ley N° 18.933, en cuanto establecía parámetros o pautas de discriminación por sexo y edad, ha sido declarada contraria a la Carta Fundamental, por atentar en contra de garantías que la mencionada sentencia expresa, de manera que no ha sido una nueva expresión de voluntad del legislador la que ha modificado una determinación anterior, sino que se le ha privado de efecto por atentar en contra del ordenamiento constitucional de nuestro país y, que en el caso que se nos plantea mediante el presente recurso de protección, estamos en presencia de un contrato de salud previsional suscrito entre las partes en conflicto en este procedimiento, cuyo valor final fue determinado precisamente tras la aplicación de la tabla de factores de riesgo, la que ha quedado sin base de sustento legal.

4° Que, por lo tanto, el valor que la Isapre pretendió imponer al plan de salud de la recurrente, sobre la base de aplicar la tabla de factores prevista por la norma legal declarada inconstitucional y, por lo mismo, derogada, carece también de todo fundamento legal, puesto que, si bien la Isapre, antes de la derogación, podía aplicar esa tabla de factores porque la ley lo permitía; la ley ya no contempla tal posibilidad pues las normas pertinentes han sido derogadas y privadas de todo efecto, producto de la publicación efectuada en el Diario Oficial con fecha 9 de agosto del año 2010, de la sentencia de inconstitucionalidad antes citada.

5° Que, en este orden de ideas, la declaración de inconstitucionalidad representa una alteración al marco jurídico del contrato de salud. En efecto, al estar frente a contratos dirigidos por el legislador, en que se encuentra mitigado el principio de autonomía de la voluntad, cuyas normas son de orden público, por cuanto se trata de una actividad de servicio público, en el sentido material y tradicional del término, las modificaciones al estatuto normativo que lo rige producen efecto in actum, tanto para los contratos antiguos como los futuros. Lo anterior es de absoluta lógica en atención al antecedente que la fuente de la facultad de la Isapre para reajustar, por aplicación de las tablas de factores elaboradas por ellas, provenía de la ley y no de la autonomía de la voluntad de las partes.

6° Que, sobre la base de todo lo anterior y considerando que los contratos de salud deben conformarse a los efectos causados por la inconstitucionalidad, corresponde concluir que no procede aplicar a estos contratos de salud las tablas de factores de edad y sexo pues carecen de validez jurídica, toda vez que las disposiciones que la regulaba fueron derogadas por el Tribunal Constitucional. Por lo tanto, habiendo desaparecido las normas jurídicas que habilitaban a las Isapres para aplicar tablas de factores elaboradas en virtud de las instrucciones generales fijadas por la Superintendencia de Salud, es de rigor que éstas pierdan validez pues las normas que las sustentaban desaparecieron del ordenamiento jurídico.

7° Que, la situación anterior se extiende también, en concepto de este previniente y como también ha resuelto esta Corte (a modo ejemplar, SCS Rol N° 22.221 2021), a la Superintendencia de Salud, quien no está facultada para fijar la estructura de la tabla de factores, puesto que dicho actuar está, conforme a lo razonado, en contradicción con la Carta Fundamental.

8° Que, en consecuencia, quien sostiene este voto particular se mantiene en la jurisprudencia uniforme e invariable de esta Corte hasta ahora, en orden a que no es posible la implementación de la tabla de factores de riesgo, ya sea elaborada por las Isapres o por la Superintendencia de Salud, conforme al pronunciamiento del Tribunal Constitucional, pero fundamentalmente por contrariar las garantías que la Constitución Política de la República asegura a la actora en los numerales N° 2 y N° 24 de su artículo 19, por obligarla al pago de un precio por concepto de plan de salud, aumentado por la aplicación inconstitucional de la señalada tabla.

Regístrese y devuélvase.

Pronunciado por la Tercera Sala de la Corte Suprema integrada por los Ministros (a) Sr. Sergio Muñoz G., Sra. Ángela Vivanco M., Sra. Adelita Ravanales A., Sr. Mario Carroza E., y Sr. Jean Pierre Matus A.

No firman, no obstante haber concurrido a la vista y al acuerdo de la causa, los Ministros Sra. Vivanco y Sr. Matus por encontrarse con permiso.

6. Corte Suprema, 3 de enero de 2023, rol N° 71.489 -2021

Relación directa y regular, sana crítica. Manifiesta falta de fundamento Admisibilidad del recurso de casación en el fondo Fijación de los hechos por los jueces de la instancia Interés superior del niño, niña y adolescente Modificación de régimen. (Derecho de familia)

Santiago, tres de enero de dos mil veintitrés.

Vistos y teniendo presente:

Primero: Que, de conformidad con el artículo 782 del Código de Procedimiento Civil, se ha ordenado dar cuenta del recurso de casación en el fondo deducido por el demandante contra la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, que rechazó la casación en la forma que interpuso y confirmó la de primer grado que hizo lugar a la demanda de relación directa y regular, solo en cuanto reguló el régimen comunicacional entre el demandante y su hija de iniciales R.S.A. un domingo cada quince días, en el domicilio de la niña o de sus abuelos maternos y bajo la supervisión de la madre y/o de la abuela materna, en el horario entre 15 a 18 horas, con declaración, que el régimen comunicacional entre el actor y su hija, queda regulado todos los domingos, en el domicilio de la niña o de sus abuelos maternos y bajo la supervisión de la madre y/o de la abuela materna, en el horario entre 15 a 19 horas.

Segundo: Que el recurrente denuncia vulnerados los artículos 16 de la Ley 19.968; 3, 7 letra b) de la Ley 21.430, 229 del Código Civil, 1 y 4 del Código Procesal Penal y 32 de la Ley 19.968.

Alega que se ha vulnerado el derecho a ser oído como elemento integrante del principio del interés superior del niño, y que asimismo, la intensidad de la medida restrictiva aplicada, su indeterminación temporal y la posibilidad de superación del conflicto por otros medios que conducen a una mejor solución de la problemática implican el quebrantamiento de las normas referidas.

A su juicio, también se han infringido garantías fundamentales, ya que la restricción del régimen de relación directa y regular se funda en la existencia de una investigación penal, en la cual no existe condena, por lo que se vulnera el principio de inocencia.

Por último, alega que se infringen las reglas de la sana crítica, ya que la niña no fue escuchada personalmente por el Juez, en la audiencia reservada que debió decretarse y tampoco por un órgano que reuniera las condiciones necesarias también por orden del Tribunal ya que se consideró la declaración de la niña en la Fiscalía, lo que no resulta procedente.

Tercero: Que en la sentencia se establecieron los siguientes hechos:

1. La niña, de 5 años de edad, es hija del demandante y de la demandada;
2. Desde la separación de la pareja a inicios de 2017, y pese a la ruptura, mantenían una relación cercana y de afecto; el padre se relacionaba con su hija sin restricciones en un régimen no formalizado, de fin de semana por medio desde el viernes al domingo, en que retiraba a la niña y se trasladaba con ella a su casa en Pirque, donde la niña pernoctaba y en cuyo lugar también vivían los padres del actor y sus abuelos paternos.

3. En fechas indeterminadas de los años 2018 a 2019 el padre expuso a la niña y no evitó, que viera material de contenido sexual explícito de índole pornográfico que mantenía en su celular, al que ella accedió porque el padre le entregó su celular, en donde ella vio directamente escenas de mujeres desnudas tocando su vagina y siendo eyaculadas con semen en su boca.

4. Producto de lo anterior, la niña comenzó a experimentar alteraciones en su conducta y su estado de ánimo emocional y psicológico, que se tradujeron en constantes auto tocamientos en su vagina, masturbación compulsiva, enuresis, juegos erotizados, irritabilidad, terrores nocturnos, ensimismamiento, rabietas y desborde emocional; estas conductas fueron observadas por su núcleo familiar y se fueron haciendo cada vez más frecuentes en cantidad e intensidad.

5. El padre en esos momentos era garante del cuidado personal de la niña en el tiempo en que pasaba los fines de semana con él en su casa de Pirque.

Sobre la base de los hechos establecidos, la judicatura del fondo concluyó que «...los hechos consignados en la síntesis de que "una niña de tres años que ve videos de sexo explícito entre mujeres que se tocan y que son eyaculadas en su boca"; "al que accede por la conducta a lo menos negligente del padre que descuidó sus deberes de cuidado durante el régimen comunicacional y que no evitó el hecho"; "los efectos provocados en la salud mental de R., que se evidenciaron por cambios conductuales importantes como masturbación compulsiva, juegos erotizados, personalidad irritable, enuresis, alteraciones en el sueño, entre otros, constituyen siempre, efectos nocivos, dañosos y perjudiciales para su bienestar físico, mental, emocional, familiar y social. Luego, concluyendo, el derecho a mantener relaciones personales con el padre, de forma directa y regular, debe ser limitado ...»

Cuarto: Que, como esta Corte ha señalado reiteradamente, la determinación de los hechos corresponde a una facultad que se ejerce exclusivamente en las instancias del fondo, sin que sea dable su revisión en esta sede, a menos que se denuncie y pruebe el quebrantamiento de disposiciones que integran el sistema valorativo de la sana crítica. Así, en primer término y refiriéndose a la infracción denunciada al artículo 32 de la Ley 19.968, que indica que la valoración de la prueba debe efectuarse conforme a la sana crítica, corresponde considerar que se produce cuando la sentencia realiza el ejercicio valorativo apartándose de los parámetros que entregan las reglas de la lógica, las máximas de la experiencia, o los conocimientos científicamente afianzados, y para que prospere un recurso de casación en el fondo es menester que se indique cuál de los elementos que componen el sistema de valoración de la prueba de la sana crítica fue vulnerado, esto es, si fue el de la lógica con sus principios de identidad, de contradicción, de razón suficiente y de tercero excluido; el de las máximas de experiencia; o el de los conocimientos científicamente afianzados.

Quinto: Que sin embargo, como se observa del recurso, la crítica formulada se concentra en el proceso de apreciación probatoria, de cuyo resultado se disiente, pero no se ha explicado cuál de los parámetros señalados precedentemente ha sido infringido, ni de qué forma se ha producido dicha infracción, de manera tal que, al no haber acreditado la

vulneración de normas reguladoras de la prueba, no es posible alterar el marco fáctico de la decisión por medio de este mecanismo extraordinario y de derecho estricto.

Sexto: Que en cuanto a la infracción de las restantes normas denunciadas, tampoco puede prosperar, ya que, en definitiva, nuevamente pretende la revisión de los hechos fijados por los tribunales del grado, lo que como se dijo, no es posible de realizar.

Séptimo: Que, por lo razonado, se desprende que en la decisión entregada por la judicatura del fondo no se advierten las infracciones acusadas, apreciándose, más bien, la correcta aplicación de las disposiciones que se afirman quebrantadas, en donde primó la consideración del principio rector del derecho de familia, cual es, la protección del interés superior de los niños, niñas y adolescentes, por lo que se debe concluir que la sentencia impugnada no cometió los yerros denunciados al confirmar la sentencia que acogió la demanda de relación directa y regular, restringiendo el vínculo de la forma en que se hizo; razón por la que el arbitrio deducido debe ser desestimado en esta etapa procesal por adolecer de manifiesta falta de fundamento.

Por estas consideraciones y disposiciones citadas, se rechaza el recurso de casación en el fondo interpuesto en contra la sentencia dictada por la Corte de Apelaciones de Santiago el veintiséis de julio de dos mil veintidós.

Regístrese y devuélvase.

Pronunciado por la Cuarta Sala de la Corte Suprema integrada por los Ministros señor Ricardo Blanco H., señoras Andrea Muñoz S., María Cristina Gajardo H., señor Diego Simpertigue L., y el abogado señor Gonzalo Ruz L. No firma el abogado integrante señor Ruz, no obstante haber concurrido a la vista y al acuerdo de la causa, por estar ausente. Santiago, tres de enero de dos mil veintitrés.

7. Corte Suprema, 21 de febrero de 2023, rol N° 49.980-2022

Redacción del Ministro Mario Carroza E.

Acción constitucional de protección. Principio de protección del interés superior de los niños, niñas y adolescentes. Sistema de garantías y protección integral. Incumplimiento del deber de proveer suministro de los alimentos a estudiantes. Derechos de estudiantes. Igualdad ante la ley. Derecho a la vida e integridad física y psíquica. Junta Nacional de Auxilio Escolar y Becas (JUNAEB). Financiamiento, gratuidad y becas. Deficiencias en la calidad del servicio. Alimentos y bebidas. (Derecho constitucional)

Santiago, a veintiuno de febrero de dos mil veintitrés.

Vistos:

Se reproduce la sentencia en alzada, con excepción de sus considerando décimo a décimo sexto, que se eliminan.

Y se tiene en su lugar y además presente:

Primero: Que, en los presentes autos acumulados, se ha recurrido por la presente vía cautelar en favor de doña J.G.G. por sí y en favor de su hijo S.A.S.G., estudiante, de actuales 12 años de edad; de doña P.M.F.S. en su calidad de directora de la Escuela Rural V. S., ubicada en la comuna de Coyhaique; y en favor de los niños, niñas y adolescentes de iniciales F.V.V., estudiante del Liceo Agrícola de Coyhaique; S.P.F., preescolar del Jardín Infantil G. M. de Coyhaique; y M.F.M. preescolar del Jardín Infantil L. C. de Puerto Aysén, en contra de la Junta Nacional de Auxilio Escolar y Becas (JUNAEB) y de la sociedad Servicios Alimenticios Hendaya S.A.C., atribuyéndoles el incumplimiento de su deber de proveer de manera íntegra, segura y oportuna el suministro de los alimentos para los estudiantes beneficiarios del Programa de Alimentación Escolar (PAE) y el Programa de Alimentación de Párvulos (PAP), para la presente anualidad.

Denuncian, en concreto, la omisión por parte de JUNAEB de la debida supervigilancia frente a los incumplimientos de la empresa concesionaria del servicio, en ejercicio de su posición de garante conferida por la ley N° 15.720 sobre la correcta ejecución del deber de alimentación, pues precisan que desde el mes de marzo del año 2022, los beneficiarios no han recibido la alimentación según los estándares de la Ley N° 20.606, sufriendo la falta de abastecimiento de alimentación; incumplimiento de horarios de transporte; atrasos en la entrega de los servicios, modificaciones intempestivas de las minutas de alimentación planificadas del día; y mala calidad de frutas y verduras distribuidas por la empresa concesionaria hacia las unidades educativas, todas situaciones que según denuncian, provocan una amenaza a la integridad física y psíquica de los protegidos y su derecho de igualdad ante la ley.

En razón de lo expuesto, han solicitado que en definitiva, se ordene a los recurridos realizar todas las acciones necesarias en el marco de sus competencias y obligaciones para cumplir con el deber de proveer la alimentación en tiempo, forma y calidad que señala en la Ley N° 20.606,

respecto de los niños, niñas y adolescentes individualizados; disponer que se celebren convenios con proveedores locales de la Región de Aysén para dar cumplimiento con la calidad de los productos perecibles; se imponga a la empresa concesionaria el contar con los medios de transporte idóneos para la correcta distribución en tiempo y forma de los alimentos, disponiendo de fondos extraordinarios o de emergencia, para adquirir dentro de la región, con carácter de urgente, los productos alimenticios suficientes y de calidad a fin de distribuirlos en favor de los niños, niñas y adolescentes por intermedio de cada establecimiento educacional que componen la unidad territorial 1101.

Segundo: Que, la recurrida Junaeb opuso en su defensa, en cuanto al fondo, la inexistencia de actos concretos impugnados, y en cuanto a la entrega de raciones de alimentos a los alumnos de los establecimientos municipales de la región de Aysén, se asiló en el contenido y tenor del acto que regula la asignación de dichas raciones, la Resolución Exenta N° 519, de 2021, que establece los criterios de asignación de raciones, fundamentando la racionalidad, eficiencia y legalidad de tales criterios, habida cuenta de recursos limitados que son utilizados en su máxima capacidad, y que son entregados a los niños y niñas más vulnerables del país.

Asimismo, en relación al petitorio planteado en los recursos, se opuso, sobre la base de consideraciones relativas al principio de legalidad del gasto público, prescrito en los artículos 6, 7 y 100 de la Constitución Política de la República, 2 y 5 de la ley N° 18.575; 56 de la ley N° 10.336, y en el Decreto ley N° 1.263, de 1975, que establece que los servicios públicos sólo pueden efectuar los desembolsos que están autorizados por ley, de modo que no procede el entero de un estipendio que carece de fundamento legal, por cuanto los programas de alimentación escolar y la asignación de raciones alimenticias, se encuentran utilizando los recursos públicos que se le asignaron a ese programa al máximo de su capacidad, cumpliendo ese Servicio con el principio de eficacia y eficiencia establecido en la Ley N° 18.575, de Bases Generales de la Administración del Estado, y con el principio de legalidad del gasto público.

Tercero: Que, constituyen hechos del recurso, de conformidad a los instrumentos agregados al presente expediente digital, los siguientes:

- i) Mediante Resolución Exenta N° 378 de 11 de febrero de 2021 de JUNAEB, se aprobó el contrato celebrado entre dicho organismo y la empresa Servicios Alimenticios Hendaya SAC., en el marco del proceso licitatorio ID 85 18 LR20, para el suministro de raciones alimenticias para el programa de alimentación escolar (PAE) y programa de alimentación de párvulos (PAP) para los años 2021 a 2024, a las unidades territoriales 301, 302 y 1101;
- ii) De acuerdo al numeral 1.2 del contrato aludido en el numeral anterior, los beneficiarios de PAE y PAP "se clasifican conforme a la institución encargada de proveer el producto alimenticio" tales como JUNAEB, respecto de los estudiantes de establecimientos municipales o dependientes de los Servicios Locales de Educación y particulares subvencionados adscritos; Junta Nacional de Auxilio Escolar y Becas (en adelante JUNJI), respecto de niños y niñas matriculados en salas cunas, jardines infantiles y jardines alternativos de dependencia

directa de JUNJI; Fundación Integra, respecto de niños y niñas matriculados en salas cunas y jardines infantiles administrados de manera directa o delegada; Servicio Nacional de Menores y otras;

iii) A folio 1 del expediente digital de primera instancia, se acompañó captura de pantalla de una porción de colación de emergencia entregada por JUNAEB en uno de los establecimientos educacionales de Coyhaique, de 22 de marzo de 2022;

iv) La Minuta de "Raciones Servidas marzo y abril Aysén" elaborado por Fundación Integra, contiene en su detalle las glosas "Raciones no Servidas" y "Causal Raciones no Servidas" para el periodo, totalizando en las instituciones bajo su administración 27 eventos de "Carencia de alimentos", las que totalizan según el detalle 257 raciones no servidas. Además se consignan 286 casos de no otorgamiento de raciones alimenticias por ausencia de manipuladoras.

v) El oficio de 25 de marzo de 2022, emitido por la Directora Ejecutiva de Fundación Integra, dirigido al Director Nacional de JUNAEB, da cuenta, en lo pertinente a la materia del recurso, que se solicitó la intervención del Servicio oficiado a fin que la empresa Hendaya subsane las problemáticas observadas en el programa alimentario, tales como: faltas de abastecimientos de alimentos perecibles y no perecibles, que se traduce en cambios intempestivos y constantes en las minutas de alimentación programadas; entrega de raciones incompletas; falta de información por parte de la empresa sobre quiebres de stock, que permita anticiparse y efectuar adecuaciones a las minutas de raciones diarias;

vi) Las actas de reunión de 24 y 30 de marzo de 2022, celebrada en la Dirección Regional de Aysén de JUNAEB, motivo "Hendaya", se abordó, en lo pertinente al recurso, el desabastecimiento de alimentos y atrasos requiriendo respuesta a la empresa concesionaria y envío de programa de abastecimiento por contingencia;

vii) El acta de reunión de 24 de marzo de 2022, celebrada en la Dirección Regional de Aysén de JUNAEB, motivo "Hendaya", se abordó, en lo pertinente al recurso, el desabastecimiento de alimentos y atrasos requiriendo respuesta a la empresa concesionaria y envío de programa de abastecimiento por contingencia;

viii) El oficio Ord. N° 15 de 7 de abril de 2022, emitido por el Director Regional JUNJI Región de Aysén, dirigido al Director Regional de JUNAEB, informa cuadro con detalle de los incumplimientos generados por empresa Hendaya a Jardines Infantiles JUNJI y VTF de la Región de Aysén, correspondientes a la primera semana del mes de abril del año 2022, y refiere además que las situaciones expuestas se han comunicado de manera oportuna y reiterada a la empresa concesionaria, quienes a la fecha no han entregado soluciones para dar cumplimiento de manera efectiva al programa de alimentación del párvulo, licitación 85 18 LR20. Indica que, los incumplimientos reportados son similares a los presentados en el informe entregado durante el mes de marzo.

ix) Obran reportes de incumplimientos de empresa Hendaya, observados por JUNJI de 18 y 26 de abril de 2022, 10, 16 y 17 de mayo de 2022;

x) El acta de reunión de 8 de abril de 2022, celebrada entre JUNAEB, JUNJI, Fundación Integra, Secretaría Regional Ministerial de Educación y representantes de la empresa Hendaya, donde se abordó, en lo pertinente al recurso, el desabastecimiento en "gran parte de jardines infantiles" "muchos productos pendientes" "Baja calidad de productos, tomates podridos, plátanos verdes, manzanas machucadas";

Cuarto: Que, a fin de dilucidar la relevancia constitucional y de urgencia del reproche planteado por los recurrentes, y la verificación de una hipótesis vulneración de garantías constitucionales de los niños y niñas en favor de quienes se recurre, resulta relevante incorporar un análisis de la normativa aplicable al caso contenida en el artículo 1 de la Ley N° 15.720 que crea la denominada Junta Nacional De Auxilio Escolar y Becas, la que establece la naturaleza y objeto de la referida institución, constituida como una Corporación Autónoma, con personalidad jurídica de Derecho Público, supervigilada por el Ministerio de Educación y que tendrá a su cargo: "[...] la aplicación de medidas coordinadas de asistencia social y económica a los escolares, conducentes a hacer efectiva la igualdad de oportunidades ante la educación. [...]".

Se consigna además que dependientes de la Junta Nacional, existirán Juntas Provinciales y Locales.

Luego el artículo 2 prescribe que corresponde a Junaeb programar: "[...] la aplicación de los siguientes beneficios a los alumnos de los establecimientos de enseñanza pública y particular gratuita, de niveles preprimario, primario, medio y superior: a) De alimentación [...]".

El inciso cuarto mandata que: "El beneficio a que se refiere la letra a) deberá cumplir con lo establecido en el inciso primero del artículo 6 de la ley N° 20.606, sobre composición nutricional de los alimentos y su publicidad."

El artículo 5, fija entre las atribuciones de Junaeb: "g) Celebrar Convenios de cooperación financiera, asistencia técnica y otros, con organismos nacionales, internacionales y extranjeros o personas naturales o jurídicas para dar cumplimiento a las finalidades de la Corporación".

Para el cumplimiento de los fines asistenciales que señala la ley en análisis, su artículo 6 establece que Junaeb, "[...] adquirirá los artículos necesarios en la forma que determine el Reglamento General.", el artículo 9 agrega que: "La Junta Nacional, las Juntas Provinciales y las Juntas Locales, para el mejor cumplimiento de sus funciones, podrán solicitar la cooperación de los demás servicios del Estado".

La ley al regular las atribuciones de las Juntas Provinciales, dependientes de la Junta Nacional, consigna, entre otras el deber de: "[...] c) Adoptar todas las medidas pertinentes para asegurar el cumplimiento de los planes y programas aprobados por la Junta Nacional y de los fines de la presente ley, en su respectiva provincia".

Asimismo, en la descripción de las atribuciones y obligaciones de las Juntas locales, también dependientes de la Junta Nacional, el artículo 19 impone a las mismas: "[...] c) Proporcionar atención preferente a los niños que, sin la ayuda de la Junta, no podrían cumplir su obligación escolar y a los alumnos más necesitados de los establecimientos fiscales, municipales y

particulares gratuitos, y velar por el cumplimiento de los fines de la presente ley en su jurisdicción. Será preocupación especial de las Juntas Locales identificar a los estudiantes capacitados acreedores a los beneficios de becas y préstamos [...]".

Quinto: Que, las obligaciones y fines establecidos por la Ley N° 15.720, deben ser analizadas en el contexto general del principio de protección del interés superior de los niños, niñas y adolescentes, mandato cuyo origen emerge desde los tratados internacionales ratificados por Chile, la Convención sobre los Derechos del Niño, y el marco otorgado por el artículo 19 numeral 2° de la Constitución Política de la República, protección que además se encuentra particularizada en diversos cuerpos de rango legal, resultando atingente al caso, lo establecido por la Ley N° 21.430, Sobre Garantías y Protección Integral de los Derechos de la Niñez y la Adolescencia, cuyo objeto de conformidad a su artículo 1 es "[...] la garantía y protección integral, el ejercicio efectivo y el goce pleno de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, en especial, de los derechos humanos que les son reconocidos en la Constitución Política de la República, en la Convención sobre los Derechos del Niño, en los demás tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Chile que se encuentren vigentes y en las leyes", y que establece en su inciso segundo para la consecución de su fin la creación del Sistema de Garantías y Protección Integral de los Derechos de la Niñez y Adolescencia, el que se declara integrado por "[...] el conjunto de políticas, instituciones y normas destinadas a respetar, promover y proteger el desarrollo físico, mental, espiritual, moral, cultural y social de los niños, niñas y adolescentes, hasta el máximo de los recursos de los que pueda disponer el Estado.

Formarán parte de este Sistema, entre otros, los Tribunales de Justicia, el Congreso Nacional, los órganos de la Administración del Estado, la Defensoría de los Derechos de la Niñez y las instituciones señaladas en el Título IV de la presente ley que, en el ámbito de sus competencias, deban ejecutar acciones de protección, promoción, prevención, restitución o reparación para el acceso, ejercicio y goce efectivo de los derechos de los niños, niñas y adolescentes".

Seguidamente, el artículo 2 de la ley en comento, individualiza como principales obligados a respetar, promover y proteger los derechos de los niños, niñas y adolescentes, a la familia, y los órganos del Estado y de la sociedad, estableciendo además que: "[...] Toda persona, institución o grupo debe respetar y facilitar el ejercicio de los derechos de los niños, niñas y adolescentes. Especialmente, las organizaciones de la sociedad civil que lleven a cabo funciones relacionadas con el desarrollo de los niños, niñas y adolescentes deben respetar, promover y velar activamente por sus derechos, reciban o no financiamiento del Estado, debiendo respetar siempre el interés superior del niño, niña o adolescente.

Corresponde a los órganos de la Administración del Estado, en el ámbito de sus competencias, garantizar el pleno goce y ejercicio de los derechos de los niños, niñas y adolescentes. En particular:

- a) Garantizar, en condiciones de igualdad, el libre y pleno goce y ejercicio de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, para lo cual adoptarán las políticas, planes y acciones necesarias para esos fines.
- b) Tratándose de los derechos económicos, sociales y culturales, garantizarlos, además, hasta el máximo de los recursos de los que pueda disponer el Estado. [...]
- f) Asegurar la vigencia efectiva de los derechos cuyo ejercicio se haya visto privado o limitado por la falta o insuficiencia del desarrollo de los derechos y deberes que competen a los padres y/o madres, las familias, los representantes legales o quienes los tengan a su cuidado y/o los órganos del Estado.
- g) Dar prioridad a los niños, niñas y adolescentes vulnerados en sus derechos, sin discriminación arbitraria alguna, en el acceso y uso a todo servicio, prestación y recursos de toda naturaleza, sean públicos o privados, necesarios para su completa protección, reparación y restitución, en las debidas condiciones de seguridad y dignidad. El Estado tomará las medidas pertinentes, en caso de ser necesario, para el acceso y uso de recursos particulares y comunitarios, nacionales o convenidos en el extranjero.
- h) Crear, ejecutar y destinar recursos suficientes para entregar una protección especializada destinada al restablecimiento de los derechos de los niños, niñas y adolescentes cuyos derechos hayan sido vulnerados [...]"

Por último, la normativa revisada en su artículo 7 consagra y define el Interés superior del niño, niña o adolescente como: "[...] un derecho, un principio y una norma de procedimiento, que se basa en una evaluación de todos los elementos del interés de uno o varios niños en una situación concreta.

Todo niño, niña o adolescente tiene derecho a que en la toma de decisiones sobre cuestiones que le afecten se considere primordialmente su interés superior, entendido como la máxima satisfacción posible de los principios, derechos y garantías reconocidos en virtud del artículo 1, cuando se evalúen y sopesen los distintos intereses involucrados en el asunto, sea que la decisión deban tomarla autoridades legislativas, judiciales o administrativas, organizaciones de la sociedad civil, instituciones privadas, padres y/o madres, representantes legales o personas que los tengan legalmente a su cuidado.

Conforme a este principio, ante distintas interpretaciones, siempre se elegirá aquella que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño, niña o adolescente. [...]", prescribiendo el inciso final del artículo 8 que: "Es deber de los órganos del Estado reconocer y proteger los derechos de los niños, niñas y adolescentes en condiciones de igualdad y velar por su efectividad.

En particular, es deber de los referidos órganos, dentro del ámbito de sus competencias, hasta el máximo de los recursos de los que pueda disponer el Estado, y de conformidad con lo dispuesto en el plan de acción establecido en el Título V, adoptar medidas concretas para: a) Identificar a aquellos niños, niñas o adolescentes o grupos de niños, niñas y adolescentes que

requieran la adopción de medidas reforzadas para la reducción o eliminación de las causas que llevan a su discriminación arbitraria.

b) Eliminar las causas que llevan a la discriminación arbitraria de un niño, niña o adolescente o grupo de niños, niñas o adolescentes.

c) Contribuir a la adecuación del entorno físico y social, a las necesidades específicas de aquellos niños, niñas y adolescentes o grupos de niños, niñas o adolescentes que sean o puedan ser objeto de discriminación arbitraria".

Sexto: Que, de esta manera, de los antecedentes de hecho y de derecho reseñados, aparece incuestionable que el otorgamiento de raciones alimenticias gestionadas, comprometidas entregar por la recurrida, en cumplimiento de sus propias obligaciones y fines, y que se ha ejecutado por medio de la sociedad adjudicataria de la licitación, mandatada para la prestación, ha generado múltiples reclamos de las instituciones beneficiarias, por deficiencias de magnitud, expresadas en falta de oportunidad, calidad y cantidad de las raciones alimenticias comprometidas, cuestión que en lo que importa al recurso, ha repercutido finalmente en los niños y niñas de los establecimientos educacionales que se reclaman afectados, sujetos de protección en la presente acción, por la acusada omisión en la satisfacción del mandato legal de la Corporación, de agotar las medidas para proporcionar un remedio directo frente a las constataciones surgidas en la administración de los programas de alimentación escolar, y para adoptar medidas efectivas que importen la satisfacción cuantitativa y cualitativa de las raciones alimenticias ofrecidas a niños y niñas, quienes circunstancialmente no han recibido en sus respectivos establecimientos educacionales, de manera oportuna e íntegra, sus porciones de alimentación diaria de conformidad a lo programado, teniendo presente que se trata en el caso de una necesidad de esencial trascendencia por su naturaleza.

Séptimo: Que, si bien la finalidad del órgano recurrido, de conformidad al reseñado artículo 1 de la Ley del ramo, se cumple a través de un tercero que se adjudica la prestación del servicio a través de un proceso licitatorio, resulta que tal como emerge de la normativa transcrita, el deber del órgano público, no se agota en la delegación de la prestación, en tanto encomendado por ley para la efectiva materialización y supervigilancia en la ejecución de los programas de alimentación ofrecidos a niños, niñas y adolescentes vulnerables, que de acuerdo a las respectivas evaluaciones de cada caso, requieren la prestación alimenticia dentro del establecimiento educacional público al que se encuentran adscritos.

De esta manera, no es óbice para lo razonado que como expuso la mandante, la existencia de un presupuesto anual ya distribuido, como tampoco resulta suficiente la adopción de medidas indirectas de corrección de las anomalías detectadas, tales como reuniones o mesas de trabajo, requerimientos de informe a la empresa licitada, la adquisición de raciones de emergencia en algunos casos puntuales, y el inicio de un procedimiento administrativo por eventuales incumplimientos contractuales de la recurrida Hendaya S.A.C., en tanto tales acciones no han abordado de manera directa ni eficaz, la prioridad, la urgencia y el

cumplimiento del mandato legal en la atención de las necesidades como las que son objeto de la acción, para responder a un requerimiento esencial para el desarrollo de los beneficiarios, configurándose entonces en la práctica, en el supuesto de concurrencia y mantención de las omisiones denunciadas, una vulneración y amenaza ilegal por parte de la recurrida, a la garantía de integridad física y psíquica de los afectados.

Octavo: Que, resulta pertinente recordar, que en cumplimiento del mandato contenido en el artículo 20 de la Constitución Política de la República, una vez verificada la ocurrencia de una acción u omisión ilegal arbitraria, la Corte se encuentra obligada a aplicar la Carta Fundamental cuestión que es propia y de la esencia de la actividad jurisdiccional y en dicho entendido puede y debe velar por la efectiva cautela de los derechos conculcados, debiendo disponer la adopción de aquellas providencias necesarias para salvaguardar, de manera efectiva, en el caso concreto los derechos garantizados por la Constitución Política, que en la norma citada prescribe que la Corte: "(...) adoptará de inmediato las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado, sin perjuicio de los demás derechos que pueda hacer valer ante la autoridad o los tribunales correspondientes".

Noveno: Que, en las condiciones relacionadas, y atentos al objeto y fines de la acción de autos, destinada a arbitrar medidas de cautela de garantías conculcadas, resulta imperioso disponer para el caso, que la recurrida Junaeb en cumplimiento del cometido legal que le asiste, despliegue las acciones pertinentes para dotarse de un sistema de atención de contingencia, que frente a omisiones como las denunciadas, provea de una solución inmediata y efectiva, gestionando en medidas tales como la concurrencia de proveedores locales para abastecer a los establecimientos frente a incumplimientos en la prestación de los servicios previamente contratados, con miras a atender coordinada y oportunamente las circunstancias excepcionales y de emergencia, incorporando en su caso las modificaciones que resulten pertinentes al contrato de prestación de servicios con la recurrida Hendaya S.A.C. sin perjuicio de hacer efectivas las responsabilidades que emanan del respectivo contrato.

Por estas consideraciones y de conformidad, además, con lo prevenido en el artículo 20 de la Constitución Política de la República y Auto Acordado de esta Corte sobre la materia, se revoca la sentencia apelada de veintiuno de julio del año dos mil veintidós, dictada por la Corte de Apelaciones de Coyhaique, y en su lugar, se declara que se acoge el recurso de protección interpuesto sólo en cuanto se dispone que la recurrida Junta Nacional de Auxilio Escolar y Becas, deberá adoptar las medidas ordenadas en el considerando noveno, dentro del término de 30 días, informando de su cumplimiento a la Corte de Apelaciones.

Regístrese y devuélvase.

8. Corte Suprema, 10 de marzo de 2023, rol N° 152.915-2022.

Medida de protección. Admisibilidad del recurso de casación en el fondo. Normas decisoria litis no invocadas. Cuidado personal proteccional.

Santiago, diez de marzo de dos mil veintitrés.

Vistos y teniendo presente:

Primero: Que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 782 del Código de Procedimiento Civil, se ordenó dar cuenta del recurso de casación en el fondo deducido por la requerida en contra de la sentencia de la Corte de Apelaciones de Valdivia que desestimó el de nulidad formal y confirmó la de grado que hizo lugar a la medida de protección entregando a la niña al cuidado proteccional de su madre en co maternidad con una tía materna, con vigilancia del PPF por nueve meses, regulando régimen de relación directa y regular para el padre, alimentos para la impúber, condenando en costas al progenitor.

Segundo: Que el recurrente acusa que se vulneró el artículo 32 de la Ley 19.968 al valorar la prueba, transgrediendo el principio de la lógica. En cuanto a la condena en costa, denuncia infracción a los artículos 9, 14, 26 bis, 27, 47 inciso 2°, 54-2, 75 inciso 1° de la ley 19.968; 138 y siguientes del Código de Procedimiento Civil.

Solicita acoger el arbitrio de nulidad y, acto seguido, sin nueva vista, dictar la sentencia que describe.

Tercero: Que conforme a lo dispuesto en el artículo 767 del Código de Procedimiento Civil, el recurso de casación en el fondo procede sólo respecto de las sentencias dictadas con infracción de ley, es decir, cuando han incurrido en errores de derecho dando a la norma un alcance diferente de aquél otorgado por el legislador, aplicando un precepto a una situación que no prevé o dejando de hacerlo en un caso que sí regula, siempre que los yerros influyan sustancialmente en su parte dispositiva.

Cuarto: Que, de la lectura del recurso, se constata que no se denuncian vulnerados los artículos 57 de la Ley 21.430, que en su número 5 regula la protección judicial de niños, niñas y adolescentes vulnerados en sus derechos fundamentales, con el objeto de restituir el ejercicio de sus derechos y reparar las consecuencias de las vulneraciones; y 30 de la Ley 16.618, las que, de acuerdo con las alegaciones planteadas por la recurrente, tiene el carácter de decisoria Litis y el reproche sobre las costas es accesorio a lo resolutivo de la sentencia; razón por la que debe ser declarado inadmisibile.

Por estas consideraciones y de conformidad, además, con lo dispuesto en los artículos 764, 767 y 772 del Código de Procedimiento Civil, se declara inadmisibile el recurso de casación en el fondo interpuesto contra la sentencia de nueve de noviembre de dos mil veintidós. Regístrese y devuélvase.

9. Corte Suprema, 16 de marzo de 2023, rol N° 10.518-2023.

Medida de protección. Admisibilidad del recurso de casación en el fondo. Cuidado personal proteccional. Naturaleza jurídica de la resolución impugnada. Servicio nacional de protección especializada a la niñez y adolescencia. Resolución de carácter accesorio. (Derecho de familia)

Santiago, dieciséis de marzo de dos mil veintitrés.

Vistos y teniendo presente:

Primero: Que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 782 del Código de Procedimiento Civil, se ordenó dar cuenta del recurso de casación en el fondo deducido por el Servicio Nacional Especializado de Protección a la Niñez y Adolescencia en contra de la sentencia dictada por la Corte de Apelaciones de Valdivia, que confirmó la de primera instancia que entregó el cuidado personal del adolescente a su abuela paterna con intervención del PIE CODENI y derivación al Cesfam, oficiando al recurrente para informarle que debía coordinar, a la brevedad, la interconsulta a psiquiatría para la evaluación del joven.

Segundo: Que el recurrente acusa que se vulneró la Ley N° 21.302, que crea el Servicio Nacional de Protección Especializada a la Niñez y Adolescencia, en el inciso 3° del artículo 2; incisos 1° y 2° del artículo 16; e inciso 4° del artículo 18 bis. Reprocha, además, que se transgrede la Ley N° 21.430, sobre Garantías y Protección Integral de los Derechos de la Niñez y Adolescencia, en sus artículos 2, 5, 14 y 16; y se conculca el DFL N° 1 que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto Ley N° 2.763, de 1979, y de las leyes N° 18.933 y N° 18.469; porque la normativa mencionada establece que cada servicio público debe priorizar la atención de niños y adolescentes en cumplimiento del mandato legal, por lo que la labor encomendada al Servicio Nacional de Protección Especializada a la Niñez y Adolescencia por la judicatura excede a sus competencias y corresponde al Ministerio de Salud.

Tercero: Que conforme a lo dispuesto en el artículo 767 del Código de Procedimiento Civil, el recurso de casación en el fondo procede sólo respecto de las sentencias definitivas o interlocutorias que ponen término al juicio o hacen imposible su prosecución, dictadas por Cortes de Apelaciones o por un tribunal arbitral de segunda instancia constituido por árbitros de derecho en los casos en que estos árbitros hayan conocido de negocios de la competencia de dichas Cortes, siempre que se hayan pronunciado con infracción de ley y esta infracción haya influido substancialmente en lo dispositivo de la sentencia.

Cuarto: Que, sin embargo, como de la lectura del recurso se constata que no reprocha lo decidido por la magistratura, esto es, la entrega del cuidado personal del joven a su abuela paterna con participación en un programa PIE, con derivación al Servicio de Salud para una evaluación siquiátrica, sino que la forma de cumplimiento de la medida adoptada o su implementación, resolución de carácter accesorio, se debe concluir que no puede ser impugnada por este arbitrio de derecho estricto; razón por la que debe ser declarado inadmisibles.

Por estas consideraciones y de conformidad, además, con lo dispuesto en los artículos 764, 767 y 772 del Código de Procedimiento Civil, se declara inadmisibile el recurso de casación en el fondo interpuesto contra la sentencia de veintiséis de diciembre de dos mil veintidós.

Regístrese y devuélvase.

Pronunciado por la Cuarta Sala de la Corte Suprema integrada por los Ministros señoras Gloria Ana Chevesich R., Andrea Muñoz S., señor Diego Simpertigue L., y las abogadas integrantes señoras Carolina Coppo D., y Leonor Etcheberry C.

No firma la Abogada Integrante señora Coppo, no obstante haber concurrido a la vista y al acuerdo de la causa, por estar ausente. Santiago, dieciséis de marzo de dos mil veintitrés.

10. Corte Suprema, 21 de marzo de 2023, rol N° 139.746-2022.

Alimentos. Manifiesta falta de fundamento. Facultades económicas. Hechos establecidos por los jueces del fondo son inamovibles. Fallecimiento del padre. Obligación pasa a los abuelos. Capacidad económica del demandado. (Derecho de familia)

Santiago, veintiuno de marzo de dos mil veintitrés.

Vistos y teniendo presente:

Primero: Que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 782 del Código de Procedimiento Civil, se ordenó dar cuenta del recurso de casación en el fondo deducido por la parte demandante en contra de la sentencia dictada por la Corte de Apelaciones de Valparaíso, que revocó la de primera instancia y, atendidas las facultades económicas de la demandada, rechazó la demanda.

Segundo: Que la recurrente acusa que se ha vulnerado el artículo 232 del Código Civil, relacionado con el artículo 3 de la Ley 14.908; los artículos 425 y 428 del Código de Procedimiento Civil y las normas contenidas en los artículos 7 y 12 de la Ley 21.430. Reclama que ante la ausencia del padre la obligación de proporcionar alimentos se traspasa a los abuelos, lo que la judicatura desconoce, omitiendo una valoración de la prueba pericial para arribar a la conclusión de desestimar la demanda, haciendo preponderar los intereses de la demandada sobre los derechos de los niños.

Tercero: Que la sentencia impugnada dio por establecidos los siguientes hechos:

- 1.- Los adolescentes y el niño, alimentarios de este proceso, son hijos de la demandante y nietos de la demandada, cuyo padre falleció.
- 2.- Las necesidades de los alimentarios ascienden a \$448.123.
- 3.- La demandante posee ingresos por un monto de \$544.949.
- 4.- Los ingresos de la demandada son de \$214.197, tiene el cuidado personal de otro nieto por el que no percibe alimentos, los gastos generales de su grupo familiar ascienden a la suma de \$454.189, registrando un déficit mensual de \$239.992.

Sobre la base de dichos presupuestos fácticos la sentencia impugnada, no obstante las necesidades de los niños, tuvo presente que la demandada carecía de facultades económicas para poder solventar sus necesidades y las de su grupo familiar, por lo que, desestimó la demanda.

Cuarto: Que, en cuanto a las infracciones de norma alegadas por la parte recurrente, como esta Corte ha señalado reiteradamente, la determinación de los hechos corresponde a una facultad que se ejerce exclusivamente en las instancias del fondo, sin que sea dable su revisión en esta sede, a menos que se denuncie y acredite eficientemente el quebrantamiento de disposiciones que integran el sistema valorativo de la sana crítica. En la especie no se acusó la vulneración del artículo 32 de la Ley N°19.968, reconociendo los hechos establecidos como producto de la ponderación de la prueba, limitándose a cuestionar la aplicación de la Ley.

Quinto: Que, en consecuencia, sobre la base de los hechos establecidos de manera inamovible en el fallo impugnado, debe concluirse que la decisión es producto de una correcta aplicación de las normas sustantivas que regulan la materia de que se trata, pues se rechazó la demanda debido a que la demandada carece de las facultades económicas suficientes para subsistir ella y su grupo familiar de acuerdo a lo dispuesto por los artículos 329 y 330 del Código Civil. La circunstancia de que la obligación de alimentos pase, en caso de falta o insuficiencia de ambos padres, a sus abuelos por una u otra línea conjuntamente, conforme lo dispone el artículo 232, no exime del examen que debe hacerse de las facultades económicas que posean los abuelos demandados para contribuir al pago de los alimentos, conforme se desprende del artículo 230 del mismo Código, de modo que, si de dicho examen, de acuerdo a los hechos acreditados en autos, aparece que las facultades de la abuela demandada no son suficientes para solventar sus propios gastos y los del nieto que tiene ya a su cargo, el presupuesto para condenarla al pago de alimentos referido a su capacidad contributiva, no concurre en la especie.

Sexto: Que, en consecuencia, apareciendo que la sentencia recurrida da cuenta de un correcto ejercicio de subsunción de los hechos a las normas que regulan la materia de que se trata; el arbitrio debe ser desestimado, en esta etapa de tramitación, por adolecer de manifiesta falta de fundamento.

Por estas consideraciones y lo prevenido en los artículos 764, 765, 767, 772, 783 y 784 del Código de Procedimiento Civil, se rechaza el recurso de casación en el fondo deducido en contra de la sentencia de tres de noviembre de dos mil veintidós.

Regístrese y devuélvase. N° 139.746-2022.

Pronunciado por la Cuarta Sala de la Corte Suprema integrada por los ministros señor Ricardo Blanco H., señora Andrea Muñoz S., Ministra Suplente señora María Carolina Catepillán L., y los abogados integrantes señora Carolina Coppo D., y señor Gonzalo Ruz L. No firma el ministro señor Blanco y la ministra suplente señora Catepillán, obstante haber concurrido a la vista y al acuerdo de la causa, por estar con licencia médica el primero y por haber terminado su periodo de suplencia la segunda. Santiago, veintiuno de marzo de dos mil veintitrés.

11. Corte Suprema, 16 de mayo de 2023, rol N° 115.236-2023.

Acción constitucional de protección. Consejo Nacional de televisión (CNTV). Programa de Televisión Nacional de Chile (TVN). Sensacionalismo. Libertad de emitir opinión y de informar. Corrupción de menores. Violación con homicidio. Víctima directa. Víctima por repercusión. Primacía de la protección de menores de edad. Publicación en medios de comunicación y otros. Derecho a la honra, a la imagen y a la vida privada, libertad de expresión. Medida conservativa. Victimización secundaria. Impugnación de contenido y características de publicidad difundida. (Derecho constitucional)

Santiago, dieciséis de mayo de dos mil veintitrés.

Vistos:

Se reproduce la sentencia en alzada, con excepción de sus considerandos cuarto a séptimo, que se eliminan.

Y se tiene en su lugar y además presente:

Primero: Que, el acto denunciado se halla circunscrito, en lo medular, al contenido y características de la publicidad difundida por la emisora recurrida a través de diversas plataformas digitales y públicas, por medio de las cuales ésta promociona a través de imágenes, video y entrevistas a los productores, la futura transmisión de un programa televisivo en formato de miniserie de seis capítulos, alusivos a los hechos que rodearon la desaparición y muerte de la hija y hermana de los sujetos en favor de quienes se recurre, hechos que fueron objeto de un procedimiento penal firme, que culminó con la condena de presidio perpetuo calificado a los perpetradores.

Estiman que, en atención a las posiciones de víctima directa y por repercusión que les asiste a los protegidos, respecto de los hechos, sumado al tratamiento y elementos incluidos en el mensaje cuestionado, se provoca una afectación y amenaza arbitraria e ilegal a sus garantías fundamentales de integridad psíquica y honra, por vía de incrementar el daño y estigmatización sufrida con ocasión de un caso extremadamente violento y de alta connotación pública como el que vivieron.

En razón de ello, piden que, en resguardo de los derechos aludidos, la Corte como medida conservativa, prohíba la reproducción del contenido objetado y se elimine el mismo.

Segundo: Que, en su defensa, la recurrida afirmó la justificación y proporcionalidad de su conducta, "en el marco de la emisión de una noticia" de gran interés público sobre hechos fidedignos establecidos en sede judicial. Sostiene que se pensaba tratar el asunto ajustados a las normas que regulan el ejercicio de su actividad y aquellas sobre protección de la infancia y adolescencia establecidas por la Ley N° 21.430. Se asila asimismo en su derecho a la libertad para emitir información sin censura previa consagrada el numeral 12° del artículo 19 de la Constitución Política de la República y la Ley N° 17.733 sobre "Libertades de opinión e información y ejercicio del periodismo".

Entiende, según señala expresamente su informe, que lo pretendido por los actores es que se prohíba exhibir, ex ante, un proyecto de programa de televisión, cuestión que califica como

censura previa intolerable por nuestra legislación, sin perjuicio de lo cual, anuncia que el programa no será emitido pues ha decidido paralizar el proyecto, no concluyendo su edición, razón por la que además controvierte la oportunidad de la acción ejercitada.

Tercero: Que, en lo pertinente al objeto de la acción, en relación a la naturaleza y fines del presente procedimiento, resultan hechos no controvertidos y acreditados con los antecedentes agregados al expediente digital, los siguientes:

i) Por sentencia firme que obra en antecedentes RUC N° 2000772333 5, RIT N° 225 2021, del Tribunal del Juicio Oral en lo Penal de Viña del Mar y fallo de 2 de junio de 2022, dictado en Rol N° 95.746 2021 de la Excelentísima Corte Suprema, se condena a Hugo Humberto Bustamante Pérez, y a Denise Alicia Llanos Lazcano, ambos como autores del delito consumado de violación con femicidio, perpetrado el día 29 de Julio de 2020 en perjuicio de la adolescente de iniciales Á.C.LL.; siendo condenados a sufrir cada uno de ellos la pena de presidio perpetuo calificado y accesorias correspondientes; como asimismo se les condena como autores de Abuso sexual a mayor de 14 años, y delito de corrupción de menores en perjuicio de una segunda víctima. Adicionalmente, el primero de los nombrados fue sentenciado por delito de estupro. Se les impuso, por la comisión de los crímenes referidos, las penas indicadas en los fallos referidos; ii) Que, el recurso ha sido interpuesto en favor de un adolescente y un adulto, quienes de conformidad a la condena penal asociada a los hechos sobre los que versa el debate, mantienen las calidades de víctima directa el primero, y por repercusión el segundo, en tanto padre de la víctima fallecida; iii) Que, la recurrida, difundió a través de su cuenta verificada en la plataforma denominada Instagram, un video en cuyo contenido escrito y hablado se expresa: "Pronto el caso que estremeció al país. Dos criminales que cruzaron sus caminos. Llega a TVN en un especial en formato miniserie, Ámbar en la mira del psicópata. Pronto nueva temporada"; iv) Que, no se conoce el contenido del programa o miniserie sobre la que trata la publicidad cuya difusión se reprocha, toda vez que no ha sido emitido, cuestión que también ratifica el Consejo Nacional de Televisión en el informe de reclamos que adjuntó a los autos.

v) Que, sobre la naturaleza o tipología del programa anunciado, se desprende de los términos expresados por la recurrida en su informe y la normativa invocada, que le asigna a la programación que se publicita, el carácter de investigación periodística. En esa línea expresa que: "se decidió realizar un programa especial que diera cuenta de una serie de hechos que llevaron a la ocurrencia de este macabro crimen";

Cuarto: Que, teniendo a la vista los términos del recurso y el enfoque de las defensas opuestas por la recurrida, conviene apuntar que, el asunto controvertido se restringe al contenido y carácter de la publicidad que el canal de televisión denunciado ha divulgado con fin de promocionar una futura miniserie denominada "Ámbar en la mira del psicópata". La antedicha precisión, es esencial para ingresar al debate por cuanto es evidente la imposibilidad de extender la ponderación a un material audiovisual cuya existencia es eventual.

Quinto: Que, emerge de lo expuesto, que la respuesta al conflicto se encontrará determinada por el contenido y deslindes de las garantías que se reclaman afectada, confrontadas con la garantía fundamental a la libertad de expresión; el derecho a la libertad de emitir opinión y la de informar, sin censura previa, en cualquier forma y por cualquier medio, sin perjuicio de responder de los delitos y abusos que se cometan en el ejercicio de dichas libertades, en conformidad a la ley, e incluso con la existencia, protección y entidad del derecho a ser informado.

Todo lo anterior, como se dijo, con completa prescindencia de las características de un programa televisivo futuro e incierto, cuyo contenido específico no consta, porque aquello no es el objeto de la acción, sino que únicamente importa para el caso, el desglose de la conducta efectivamente desplegada por la recurrida, al crear y distribuir por una plataforma digital y pública el anuncio tantas veces referido, para luego determinar si su actuar configura una injerencia con aptitud para vulnerar de manera arbitraria o ilegal garantías constitucionales.

Sexto: Que, la actividad desplegada por el canal de televisión, en tanto medio de prensa y de comunicación social, es sin duda una industria regulada, sin perjuicio de la vigencia e indiscutida preponderancia del derecho constitucional a la libertad de emitir opinión y la de informar, sin censura previa, en cualquier forma y por cualquier medio, tal como los ha declarado previamente esta Corte (Rol N° 35.246 2017, N° 20.856 2018 y N° 95.964 2021).

Lo anterior, se encuentra reconocido además por diversa normativa internacional y por el artículo 1° de la Ley N° 19.733 que preceptúa que: "La libertad de emitir opinión y la de informar, sin censura previa, constituyen un derecho fundamental de todas las personas. Su ejercicio incluye no ser perseguido ni discriminado a causa de las propias opiniones, buscar y recibir informaciones, y difundirlas por cualquier medio, sin perjuicio de responder de los delitos y abusos que se cometan, en conformidad a la ley.

[...] Se reconoce a las personas el derecho a ser informadas sobre los hechos de interés general".

Ahora bien, los límites al ejercicio de la garantía, a que se hallan sujetos los servicios de televisión que operan en el territorio nacional, lo configuran ciertos principios, conceptos jurídicos y reglas que informan la actividad, cuyo punto de partida consagra la siguiente normativa:

a) La Ley N° 19.733 sobre libertades de opinión e información y ejercicio del periodismo, cuyo artículo 33, prohíbe la divulgación, por cualquier medio de comunicación social, de la identidad de menores de edad que sean autores, cómplices, encubridores o testigos de delitos, o de cualquier otro antecedente que conduzca a ella, así como la identidad de las víctimas de los crímenes y simples delitos contra el orden de las familias y contra la moralidad pública, del Libro II del Código Penal, a menos que consientan expresamente en la divulgación.

b) La Ley N° 18.838 que Crea el Consejo Nacional de Televisión, y que en su artículo 1, en lo que importa al análisis, aborda criterios sobre lo que ha de entenderse por correcto funcionamiento de los servicios de televisión como: "[...] el permanente respeto, a través de su

programación, de [...] la dignidad humana y su expresión en la igualdad de derechos y trato entre hombres y mujeres, así como el de todos los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes. [...] Asimismo, se entenderá que el correcto funcionamiento de esos servicios comprende el acceso público a su propuesta programática y que en la difusión de ella, en la forma y de la manera que cada concesionario determine, se cautelen los derechos y principios a que hacen referencia los incisos anteriores."

c) La Ley N° 20.750 que permite la introducción de la televisión digital terrestre, norma que caracteriza el concepto de "correcto funcionamiento de estos servicios" estableciendo que lo aludido refiere al "permanente respeto, a través de su programación, de [...] la dignidad humana y su expresión en la igualdad de derechos y trato entre hombres y mujeres, así como el de todos los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes."

d) Las Normas Generales sobre Contenidos de las Emisiones de Televisión promulgadas el año 2016 por el Consejo Nacional de Televisión, que en su artículo 7 reglamenta que "Los servicios de televisión, en la comunicación de hechos que revistan características de delitos, de catástrofes y de situaciones de vulneración de derechos o de vulnerabilidad, deben otorgar un tratamiento que respete la dignidad de las personas, evite el sensacionalismo, la truculencia y la victimización secundaria.". Prohíbe además en su artículo 8 la divulgación de la identidad de menores de edad 18 años que sean autores, cómplices, encubridores o testigos de delitos, o de cualquier otro antecedente que conduzca inequívocamente a ella y establece en su inciso segundo que "Esta prohibición regirá también respecto de niños y niñas que sean presuntas víctimas de delitos y de niños y niñas cuya exhibición en televisión, atendido el contexto, pueda redundar en un daño a su desarrollo o a su integridad física o psíquica."

Y sobre los conceptos invocados su artículo 1° los define en su letra b), f) y g) señalando respectivamente que la "Truculencia" en el contenido audiovisual sujeto a su fiscalización se caracteriza como: "[...] aquello que represente una conducta ostensiblemente cruel o que exalte la crueldad o abuse del sufrimiento, del pánico o del horror, sin encontrar fundamento bastante en el contexto."

Luego, en la letra sobre la "Victimización secundaria": "[...] agresiones psíquicas y/o sociales, que pueda sufrir una víctima de vulneraciones de derechos o de situaciones de menoscabo, causadas por la exhibición del suceso."

Finalmente, se puntualiza que el "Sensacionalismo", consiste en la: "Presentación abusiva de hechos noticiosos o informativos que busca producir una sensación o emoción en el telespectador, o que en su construcción genere una representación distorsionada de la realidad, exacerbando la emotividad o impacto de lo presentado."

Séptimo: Que, afín con lo anotado, la propia recurrida se ha dotado de herramientas de autorregulación individual, como da cuenta el instrumento ofrecido de manera pública en su sitio web denominado "Política editorial de Televisión Nacional de Chile 2022", por medio de

cual se provee de criterios orientadores de su labor profesional en la producción de contenidos.

Este documento, consigna en el acápite de "Contenidos programáticos" que: "2. La programación de TVN y el respeto a la dignidad de las personas en distintos estados y situaciones. [...] 2.1. Niños, niñas y adolescentes. Principio general. Deben extremarse las precauciones para el tratamiento de informaciones que puedan afectar a niños, niñas y adolescentes. [...]"

Se prohíbe la divulgación de la identidad de menores de edad víctima de los crímenes y simple delitos contra el orden de las familias y contra la moralidad pública, del Libro II del Código Penal.[...]

No se podrá exhibir ni divulgar información que pueda estigmatizar a un niño, niña o adolescente o afectar su imagen, honra o reputación, causarle menoscabo o dañar sus intereses [...]

Menores de edad. TVN omite la identificación de menores de edad que sean autores, cómplices o encubridores, testigos o víctimas de delitos, o de cualquier otro antecedente que conduzca a ella. Tampoco difunde imágenes de niños, niñas o adolescentes involucrados en la presunta comisión de un delito y que permitan su identificación. [...]

Delitos sexuales. En los casos de abusos y delitos sexuales se omitirá la identificación de las víctimas u otros datos que pudieran individualizarlas. No registrará esta restricción si existe autorización expresa de la víctima o de sus representantes legales, cuando corresponda. [...]"

Sobre la exhibición de la violencia en sus producciones y contenidos, consigna que ésta: "debe fundamentarse en el contexto de la noticia o programa en que se produce, considerando el trasfondo de la situación y las causas que la motivan, evitando de todas formas el contenido excesivamente violento o truculento, esto es, conductas ostensiblemente crueles o que exalten la crueldad o abusen del sufrimiento, pánico u horror."

Octavo: Que, resulta oportuno atender en la valoración de los antecedentes, a la circunstancia que ambos protegidos se hallan dentro de aquellos grupos de personas en situación de vulnerabilidad respecto de quienes diversa legislación demanda la especial cautela de sus derechos y configurado en el caso por sus calidades de víctimas de crímenes crueles y violentos como los del caso, y adicionalmente en el caso de uno de ellos, en razón del ciclo vital en que se encuentra, período en el que aplica a su respecto el conjunto de normativas y sistema de garantías y protección integral de los derechos de la niñez y adolescencia.

Dichas condiciones, imponen un especial resguardo de la integridad física, psíquica e intimidad de los afectados y el deber de prestar especial atención al respeto por la privacidad de los menores de edad y de las víctimas de hechos delictivos, como es del caso.

Noveno: Que, así las cosas, asiste a estos sentenciadores la convicción que el anuncio publicitado materia de la acción ha vulnerado ilegalmente las garantías constitucionales a la integridad física y psíquica y honra de los protegidos, tanto por las expresiones que contiene y la forma en que se emiten; la oportunidad de éstas a propósito de la cercanía temporal de los

acontecimientos; y porque la individualización expresa de una víctima que además conduce inequívocamente a la identidad de los recurrentes; conductas que pueden y deben ser corregidas en esta sede conservativa, a fin de precaver la tutela eficaz de los bienes jurídicos constitucionalmente protegidos que se han visto amagados, como lo son precisamente la honra o la dignidad de sus derechos, en ejercicio de las facultades conferidas por el artículo 20 de la Constitución Política de la República, en los términos que se dirán en lo resolutivo.

Por estas consideraciones y de conformidad, además, con lo prevenido en el artículo 20 de la Constitución Política de la República y Auto Acordado de esta Corte sobre la materia, se revoca la sentencia apelada de catorce de septiembre dos mil veintidós, dictada por la Corte de Apelaciones de Valparaíso y en su lugar, se declara que se acoge el recurso de protección interpuesto sólo en cuanto se dispone que el recurrido deberá retirar de sus plataformas el anuncio de que se trata, adecuando su actuar para el caso de persistir en la divulgación del contenido revisado, a las directrices legales y reglamentarias relacionadas, que regulan su actividad, de conformidad a la tipología del género televisivo ofrecido, evitando la exacerbación de caracteres morbosos en los hechos y la identificación de las víctimas menores de edad involucradas.

Decisión acordada con el voto en contra del Ministro Sr. Matus, quien fue del parecer de confirmar la sentencia por compartir los fundamentos esgrimidos por el fallo revisado en alzada y considerando además lo siguiente:

1º) Si bien es cierto, la Constitución garantiza a todas las personas el derecho a la honra y la vida privada y permite el empleo del recurso de protección para hacerlo efectivo, tal como se señala en sus artículos 19 N° 4 y 20, no lo es menos que en su artículo 19 N° 12, se garantiza también la libertad de emitir opiniones y de informar, sin cesura previa, en cualquier forma y por cualquier medio, sin perjuicio de responder de los delitos y abusos que se cometan en el ejercicio de esa libertad, según lo establezca la ley de quórum calificado dictada al efecto. Además, se establece el derecho a rectificación de toda persona ofendida o demás injustamente aludida por algún medio de comunicación social.

2º) Luego, ha sido el propio texto constitucional el que resuelve el conflicto entre ambos derechos, de modo que, en casos como el de la especie, donde la eventual afectación a la honra se produciría mediante publicaciones de opiniones e informaciones en medios electrónicos, a juicio de este disidente, carecerían los Tribunales Superiores, por la vía del recurso de protección, de la facultad de proteger ese derecho constitucional afectando otro, mediante la censura, directa o indirecta, de las publicaciones que se traten, pasadas o futuras, sin perjuicio del ejercicio por parte del afectado de las acciones legales que la propia Constitución permite, en caso de que dichas publicaciones sean constitutivas de calumnias, injurias u otros delitos, abusos, ofensas o alusiones injustas.

3º) Que, otorga mayor fuerza a lo razonado, la declaración efectuada por la recurrida en su informe en el sentido de haber adoptado la decisión de paralizar el proyecto, no concluyendo su edición, por lo que en cuanto concierne a la oportunidad de la acción ejercitada, aparece que actualmente ésta se halla desprovista de su sustento fáctico.

Regístrese y devuélvase.

Redacción a cargo del Ministro Sr. Jean Pierre Matus A.

Pronunciado por la Tercera Sala de la Corte Suprema integrada por los Ministros (a) Sra. Ángela Vivanco M., Sr. Jean Pierre Matus A., Sra. María Soledad Melo L. y por los Abogados Integrantes Sr. Diego Munita L. y Sr. Eduardo Morales R.

No firma, no obstante haber concurrido a la vista y al acuerdo de la causa, el Abogado Integrante Sr. Morales por no encontrarse disponible su dispositivo electrónico de firma.

12. Corte Suprema, 1 de junio de 2023, rol N° 161-2023.

Alimentos. Manifiesta falta de fundamento Hechos establecidos por los jueces del fondo son inamovibles Capacidad económica del alimentante Incremento de las necesidades del alimentario Necesidades del alimentario Aumento de alimentos Modificación de circunstancias domésticas No denuncia el quebrantamiento o desatención de concreta regla de la sana crítica.

Santiago, uno de junio de dos mil veintitrés.

Vistos y teniendo presente:

Primero: Que, de conformidad con el artículo 782 del Código de Procedimiento Civil, se ordenó dar cuenta del recurso de casación en el fondo deducido por la parte demandante reconvenzional en contra del fallo de la Corte de Apelaciones de Temuco, que confirmó la del grado que, en lo pertinente, acogió la demanda de aumento de alimentos, que reguló en 7,81 unidades tributarias mensuales y el 50% de los gastos extraordinarios de la alimentaria.

Segundo: Que la parte recurrente denuncia infringidos el artículo 32 de la Ley N°19.968 en relación con los artículos 222 inciso primero, 323, 329 y 330 del Código Civil, artículos 3 N° 1 y 18 N° 1 de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño y, artículo 25 inciso primero y segundo de la Ley N° 21.430, porque la sentencia estableció una pensión de alimentos insuficiente y desproporcionada, sin determinar a cuánto ascienden las necesidades de la niña, lo que debió dejar asentado y explicitado, toda vez que es uno de los factores fundamentales para tomar la decisión, teniendo presente que el informe social elaborado en los autos es de tres años antes de la dictación de la sentencia, el que tasó las necesidades de la alimentaria en \$731.248, sin considerar costo habitacional por habitar bien declarado familiar, infringiéndose la garantía de motivación y el principio de razón suficiente, ya que, no considera que por el tiempo transcurrido, los gastos han aumentado necesariamente. En ese sentido constituye una máxima de la experiencia o un conocimiento científicamente afianzado que, el índice de precios al consumidor ha aumentado entre noviembre de 2019 fecha de elaboración del informe socioeconómico y noviembre de 2022 en un 24,2 %, lo que implica que de acuerdo a las necesidades que estableció el informe pericial, éstas ascienden actualmente como mínimo a \$908.470, lo que deviene en que no quedan satisfechos sus gastos y, por tanto, se afecta su interés superior.

Señala que respecto a la capacidad económica del demandado resulta errada la conclusión de que su última remuneración es de \$2.213.885, toda vez que la liquidación de sueldo incorporada, de marzo de 2020, indica que su sueldo asciende a \$3.695.141, debiendo ser ese el cálculo de referencia para aumentar la pensión de alimentos, infringiéndose con ello el principio de identidad y el interés superior de la niña, al regularla en un monto insuficiente en relación a sus necesidades y, no determinando proporcionalmente la contribución de cada padre en la manutención de su hija, dado que la madre de la alimentaria tiene ingresos

mensuales por \$150.000, por lo que debiera ser en una proporción de 3,9% y 96,1%, respectivamente y, aún con las necesidades que fueron determinadas la pensión debió ser fijada en \$702.729, aumentándose en apenas un 28% en relación a la acordada en abril de 2015, cuando la alimentaria tenía 3 años y 8 meses, mientras que actualmente tiene 11 años, razones por las que solicita se acoja el recurso y se dicte la de reemplazo que indica.

Tercero: Que en la sentencia se establecieron los siguientes hechos:

1. M. P. F. I., que nació el 29 de agosto de 2011, de 11 años de edad a la fecha de la sentencia, es hija de las partes.
2. La pensión de alimentos se reguló originalmente el 28 de abril de 2015, a través de mediación en causa RIT M 1716 2015, del Juzgado de Familia de Temuco, en la suma de \$280.000 mensuales y, de \$312.000 a la fecha de la sentencia.
3. La demandante realiza venta esporádica de hortalizas, por las que obtiene \$150.000. Reside junto a su hija en inmueble declarado bien familiar y no tiene otras cargas.
4. El demandado en abril de 2015 tenía ingresos por \$1.424.063 y, su remuneración en el mes de septiembre de 2019 alcanzó a \$2.213.885, siendo constante hasta 2020. Realiza actividad docente en universidad y mantiene una empresa constructora. No cuenta con otras cargas.
5. Las necesidades de la alimentaria han aumentado en los rubros de educación y salud, en particular en el área de salud mental. Sobre la base de los hechos establecidos, la judicatura del fondo concluyó que ha existido una variación de las circunstancias en relación a las necesidades de la alimentaria, teniendo en consideración su edad y sus gastos en materia de salud, que la madre solo mantiene trabajos esporádicos, que residen en un bien declarado familiar y, que el alimentante tiene capacidad económica suficiente para aumentar la contribución, razones por las que, en lo pertinente, se acogió la demanda de aumento, fijando la pensión de alimentos en 7,81 unidades tributarias mensuales, más el pago del 50% de los gastos extraordinarios que irrogue la niña.

Cuarto: Que, como esta Corte ha señalado reiteradamente, la determinación de los hechos corresponde a una facultad que se ejerce exclusivamente en las instancias del fondo, sin que sea dable su revisión en esta sede, a menos que se denuncie y acredite eficientemente el quebrantamiento de disposiciones que integran el sistema valorativo de la sana crítica. En la especie se acusó la vulneración del artículo 32 de la Ley N°19.968, cuestionando los hechos establecidos como producto de la ponderación de la prueba, pero sin cumplir con la carga mencionada, al no desarrollar con precisión el modo en que se habrían producido las vulneraciones, limitándose a plantear un análisis alternativo de los antecedentes.

De este modo, la crítica se concentra en el proceso de apreciación de la prueba, de cuyo resultado se disiente, pero al no haber logrado acreditar la conculcación a las reglas que componen el sistema de la sana crítica, no es posible alterar el marco fáctico de la decisión por medio de este mecanismo extraordinario y de derecho estricto.

Quinto: Que, de este modo, sobre la base de los hechos establecidos de manera inamovible en el fallo, debe colegirse que la decisión es producto de una correcta aplicación

de las normas sustantivas atinentes al caso, pues se acogió la demanda tras concluir una variación de las circunstancias que se tuvieron a la vista al momento de la fijación de los alimentos, considerando las facultades y circunstancias domésticas del alimentante, cuyos ingresos han aumentado, al igual que las necesidades de la alimentaria, por lo que resultaba procedente la nueva regulación efectuada, hipótesis que faculta a la judicatura para modificar el monto de la pensión alimenticia.

Sexto: Que, en consecuencia, apareciendo que la sentencia impugnada da cuenta de un correcto ejercicio de subsunción de los hechos a las normas que regulan la materia de que se trata; el arbitrio debe ser desestimado en esta etapa de tramitación, por adolecer de manifiesta falta de fundamento.

Por estas consideraciones y lo prevenido en los artículos 764, 765, 767, 772, 783 y 784 del Código de Procedimiento Civil, se rechaza el recurso de casación en el fondo deducido en contra de la sentencia de veinticinco de noviembre de dos mil veintidós.

Regístrese y devuélvase.

Pronunciado por la Cuarta Sala de la Corte Suprema por los Ministros señor Haroldo Brito C., señora María Cristina Gajardo H., señor Diego Simpertigue L., ministro suplente señor Hernán González G., y el abogado integrante señor Gonzalo Ruz L. No firma el Ministro señor Simpertigue y el abogado integrante señor Ruz, no obstante haber concurrido a la vista y al acuerdo de la causa, por estar con permiso el primero y por estar ausente el segundo. Santiago, uno de junio de dos mil veintitrés.

13. Corte Suprema, 15 de junio de 2023, rol N° 48.749-2022

Declaración de bien familiar. Exequátur no solicitado. Cumplimiento de sentencia judicial. Residencia principal de la familia. Bien familiar y divorcio. Vínculo matrimonial no disuelto. Concepto de familia. Domicilio civil.

Santiago, quince de junio de dos mil veintitrés.

Vistos:

En autos RIT C 655 2019 del Juzgado de Familia de Quillota, caratulados "S. con S. ", por sentencia de veintinueve de octubre de dos mil veintiuno, se acogió la demanda de declaración de bien familiar interpuesta por doña Olga S. en contra de don Dimitry S., respecto del inmueble Parcela XX, del lote Y del sector J de la parcela N del Proyecto Parcelación S. R. de C., de la Comuna de Quillota, y parte proporcional que en los bienes comunes de dicho lote A le corresponde a la parcela N, propiedad del demandado, inscrita a fojas 2433 N° 1889, del Registro de Propiedad del año 2012, del Conservador de Bienes Raíces de Quillota, y de los bienes muebles que lo guarnecen.

En contra de dicha sentencia el demandado dedujo recurso de casación en la forma y apeló, y una de las salas de la Corte de Apelaciones de Valparaíso por decisión de fecha seis de julio de dos mil veintidós, rechazó la casación formal y revocó la sentencia impugnada y en su lugar decidió rechazar la demanda.

En contra de dicha decisión, la demandante dedujo recurso de casación en el fondo, solicitando se la invalide y se proceda a dictar una sentencia de reemplazo que acoja la demanda.

Se trajeron los autos en relación.

Considerando:

Primero: Que la recurrente, en un primer capítulo, sostiene que se infringió el artículo 83 de la Ley N° 19.947, al establecer que el matrimonio entre las partes terminó por divorcio, pese a que dicha decisión emana de un tribunal extranjero que no ha cumplido con el trámite de exequátur. De este modo, el matrimonio, que se encuentra válidamente inscrito en Chile, está vigente en nuestro país. Además, sostiene, la sentencia de divorcio se obtuvo con fraude a la ley porque las partes tuvieron domicilio en Chile los tres años anteriores a su dictación.

En un segundo capítulo, alega que se infringió el artículo 141 del Código Civil, al no considerar que la permanencia de la demandante en Rusia junto a su hija es involuntaria, ya que viajaron de vacaciones y no han podido volver a Chile juntas por razones de fuerza mayor, como fue el cierre de fronteras producto del Covid y luego por la prohibición gestionada por el demandado para que la niña saliera de Rusia.

En un tercer capítulo refiere que se infringió el artículo 7° de la Ley N° 21.430 en relación al artículo 25 del mismo cuerpo legal, toda vez que la sentencia impugnada no protege el interés superior de la niña e interpreta erróneamente el artículo 141 del Código Civil al desconocer que el fundamento de la declaración de bien familiar es principalmente proteger la vivienda familiar.

Luego desarrolla la forma en que los errores de derecho denunciados han influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo, por lo solicita se acoja su recurso de casación, se invalide la sentencia impugnada y se dicte la correspondiente de reemplazo que acoja su demanda, con costas.

Segundo: Que la judicatura del fondo estableció los siguientes hechos:

1. Las partes contrajeron matrimonio en Moscú, el 3 de noviembre de 2007, el que fue inscrito en Chile bajo el N° 45, Reg Ner, año 2012. Por sentencia de fecha 10 de agosto de 2020, dictada en Rusia, de declaró el divorcio.
2. De dicha unión nació una hija de iniciales N.S.S, de 7 años a la fecha de dictación de la sentencia; desde su nacimiento se encuentra al cuidado de la demandante, a excepción de un período de cuatro meses de 2020 que vivió con sus abuelos maternos en Rusia. El año 2019 cursó kínder en Chile y el año 2021 fue matriculada por su madre para cursar primero básico en el mismo establecimiento educacional.
3. El demandado es propietario de la Parcelación A. C., Parcela N, S. R. de C., Quillota, que se encuentra inscrita a fojas 2433, N° 1889 del Registro de Propiedad del Conservador de Bienes Raíces de Quillota, año 2012.
4. Las partes se separaron de hecho el año 2017 y la demandante junto a la hija común continuaron viviendo en esa propiedad.
5. La demandante tiene permanencia definitiva en Chile, ha vivido en Chile 9 años, mantiene una oferta laboral vigente, su cuenta de telefonía se encuentra asociada al domicilio de la Parcela y otras cuentas de servicios, con pago automático (PAC) asociado a su chequera electrónica del Banco Estado. Viajó a Rusia junto a su hija el 28 de diciembre de 2019, y regresó sola en febrero de 2020. La niña permaneció en Rusia junto a sus abuelos para ser traída de regreso a Chile por el padre en el mes de marzo de 2020. Sin embargo, ellos viajaron a Rusia en junio de 2020 en un vuelo humanitario para ciudadanos rusos a causa de la crisis sanitaria. El demandado interpuso una prohibición para que la niña saliera de dicho país, lo que impidió que la actora regresara junto a la niña a Chile. La demandante impugnó la decisión, la que fue desestimada, y a la época de la dictación de la sentencia impugnada se encontraba pendiente la vista de la apelación.

Sobre la base de tales hechos se concluyó que concurren los requisitos del artículo 141 del Código Civil, puesto que el matrimonio terminó por divorcio, y, además, el inmueble cuya declaración como bien familiar se solicita no constituye la residencia principal ni actual de la familia, desde que la demandante y su hija se encuentran viviendo en Rusia desde diciembre del año 2019.

Tercero: Que, en cuanto a la primera infracción denunciada, esto es, la del artículo 83 de la Ley N° 19.947, se sostiene por la recurrente que esta se produce, por una parte, al no haberse demandado el cumplimiento de la sentencia de divorcio dictada en Rusia de modo que no era posible dar por establecido que el matrimonio entre las partes había terminado por

divorcio; y, por otra parte, porque la sentencia de divorcio se obtuvo con fraude a la ley desde que las partes tuvieron domicilio en Chile los tres años anteriores a su dictación.

Para un mejor análisis de este reproche, conviene partir por reproducir la norma que se denuncia como infringida. Prescribe el artículo 83 de la Ley de Matrimonio Civil que: "El divorcio estará sujeto a la ley aplicable a la relación matrimonial al momento de interponerse la acción.

Las sentencias de divorcio y nulidad de matrimonio dictadas por tribunales extranjeros serán reconocidas en Chile conforme a las reglas generales que establece el Código de Procedimiento Civil.

En ningún caso tendrá valor en Chile el divorcio que no haya sido declarado por resolución judicial o que de otra manera se oponga al orden público chileno. Tampoco se reconocerá valor a las sentencias obtenidas en fraude a la ley. Se entenderá que se ha actuado en fraude a la ley cuando el divorcio ha sido declarado bajo una jurisdicción distinta a la chilena, a pesar de que los cónyuges hubieren tenido domicilio en Chile durante cualquiera de los tres años anteriores a la sentencia que se pretende ejecutar, si ambos cónyuges aceptan que su convivencia ha cesado a lo menos ese lapso, o durante cualquiera de los cinco años anteriores a la sentencia, si discrepan acerca del plazo de cese de la convivencia. El acuerdo o la discrepancia entre los cónyuges podrá constar en la propia sentencia o ser alegado durante la tramitación del exequátur".

Con relación a la primera parte en que se sustenta esta primera infracción denunciada, es decir, que no se habría demandado el cumplimiento de la sentencia de divorcio dictada en Rusia, de modo que no podría tener reconocimiento en Chile dicho juzgamiento, manteniendo su vigencia la inscripción del matrimonio entre las partes, es dable señalar que la Ley de Matrimonio Civil ha establecido, en sede de divorcio, ciertas reglas de Derecho Internacional Privado relativas para el reconocimiento en Chile de las sentencias dictadas por tribunales extranjeros. Entre estas reglas, dispone el inciso 2º de su artículo 83 que "Las sentencias de divorcio y nulidad de matrimonio dictadas por tribunales extranjeros serán reconocidas en Chile conforme a las reglas generales que establece el Código de Procedimiento Civil", remitiendo en consecuencia al Título XIX de su Libro I, referido a la "Ejecución de las Resoluciones", particularmente al Párrafo 2 que trata "De las resoluciones pronunciadas por tribunales extranjeros", disponiéndose que para que esas sentencias tendrán la fuerza que les concedan los Tratados Internacionales respectivos, siguiéndose para su ejecución los procedimientos que establezca la ley chilena, en cuanto no aparezcan modificados por dichos Tratados. En ausencia de éstos, rige la regla de la reciprocidad, y a falta de ella, debe darse cumplimiento al trámite de exequatur que detalla el artículo 245 del Código citado.

No consta en autos que se haya procedido a dar cumplimiento a este trámite y, en consecuencia, los efectos de la resolución extranjera que declara el divorcio, entre otros el principal respecto de los cónyuges el término del matrimonio, no pueden ser reconocidos en Chile, de modo que, para todos los efectos, el vínculo matrimonial entre las partes,

debidamente inscrito en nuestro país, se mantiene vigente sin que haya mutado el estado civil de las partes. Esta conclusión se reafirma por la regla que emana del artículo 59 de la Ley de Matrimonio Civil según el cual el momento a partir del cual el divorcio produce sus efectos entre los cónyuges, requiere no sólo que el pronunciamiento se encuentre firme o ejecutoriado, sino que además deberá verificarse la subinscripción de la dicha sentencia al margen de la respectiva inscripción matrimonial. A partir de este momento, además, producirá efectos respecto de terceros y los cónyuges adquirirán el estado civil de divorciados.

Cuarto: Que, conviene añadir, que sabido es que toda sentencia de divorcio sea que se haya dictado en país extranjero, cumpliendo los requisitos antedichos para tener fuerza en Chile, sea que se haya dictado por un tribunal chileno, a lo que pone término es al matrimonio, más no a la familia.

En ese sentido la línea jurisprudencial adoptada por esta Corte, en directa relación con el instituto de los bienes familiares, precisamente por los fines señalados en el artículo 141 del Código Civil, se sustenta en el entendido que el cimiento que la justifica responde a un compromiso protector con la familia. En efecto, se ha dicho que el fundamento de la declaración de bien familiar es principalmente otorgar la protección de la vivienda familiar a quienes pueden ser privados de su uso, en cuanto proyección del deber de los cónyuges de proveer a las necesidades de la familia, especialmente al bien que le sirve de habitación, al que la ley le reconoce una función esencial que justifica su especial protección. Así se ha expresado, por ejemplo, en los autos Rol N° 3.322 2012, N° 7.626 2012, N° 9.352 2012, N° 6.837 2016, Rol N° 36.310 2017 y Rol N° 129 2018.

En efecto, se ha razonado que la protección de la familia, como deber que tiene fundamento constitucional, implica asegurarle la mantención de la vivienda donde ha desarrollado su vida, a fin de que, frente a la ruptura, se permita "...la continuación normal de la vida de sus miembros, como garantía o protección para el cónyuge que tiene a su cargo el cuidado de los hijos" (como lo señala René Ramos Pazos en su libro *Derecho de Familia*, Editorial Jurídica, 2010, p. 359).

De este modo, la razón que sirve de fundamento a la posibilidad de afectar bienes con el carácter de familiares, no es la existencia del matrimonio per se, sino la posibilidad de surgimiento de conflictos que ocasionen su ruptura, de manera que se trata de una institución que busca amparar la estabilidad de la vivienda de la familia en crisis que si bien puede funcionar como herramienta preventiva, tiene por objeto tutelar de modo efectivo a aquellos miembros de la familia, que desde un punto de vista patrimonial, en relación a la habitación, queden en peor situación como consecuencia del quiebre matrimonial.

Conforme lo anterior, aparece que la protección de la familia debe mantenerse vigente, aunque se disuelva el matrimonio, pues de otra manera, la institución en referencia pierde el sentido protector al que se viene haciendo referencia. En efecto, conforme la perspectiva del Derecho de Familia, esto es, de su tutela efectiva, la referida afectación no puede limitarse a la vigencia del matrimonio, ni su desafectación quedar entregada sólo a su término o extinción,

de ahí que precisamente el inciso 2° del señalado artículo 145 del Código Civil haya exigido que esta pretensión este fundada en que el inmueble no esté actualmente destinado a los fines que indica el artículo 141, lo que se deberá probar, sino que debe relacionarse precisamente con el fin protector que se persigue al subsistir la familia, pues de otro modo, se incurriría en el absurdo de que una institución pensada para la protección familiar frente a la crisis del matrimonio, no se extiende en el caso de quiebre y disolución del mismo.

Quinto: Que, como segundo capítulo de nulidad, se ha denunciado que la sentencia infringió el artículo 141 del Código Civil, al concluir que el inmueble cuya declaración como bien familiar se solicita no constituye la residencia principal ni actual de la familia, desde que la demandante y su hija se encuentran viviendo en Rusia desde diciembre del año 2019, reprochándosele al fallo el no considerar que la permanencia de la demandante en Rusia junto a su hija es involuntaria, ya que viajaron de vacaciones y no han podido volver a Chile juntas por razones de fuerza mayor, como fue el cierre de fronteras producto del Covid y luego por la prohibición gestionada por el demandado para que la niña saliera de Rusia.

Conforme a los hechos que se tuvieron por acreditados en la sentencia de primer grado, y que hace suyos la sentencia impugnada, aparece que la demandante y la hija común habitaron el inmueble cuya declaración de bien familiar se solicitó, lugar en el que fijaron su domicilio, luego de que cesó la convivencia matrimonial durante el año 2017 y hasta fines del año 2020, oportunidad en que viajaron a Rusia sin poder retornar a Chile por existir una resolución emanada de un tribunal de dicho país que impide el egreso de la niña; además, se estableció que la demandante tiene residencia permanente en nuestro país, que mantiene su línea de teléfono asociada a esa dirección en Chile y que tiene una oferta de trabajo vigente.

Conviene partir señalando que el artículo 141 del Código Civil, en su inciso primero, prescribe que: "El inmueble de propiedad de cualquiera de los cónyuges que sirva de residencia principal de la familia, y los muebles que la guarnecen, podrán ser declarados bienes familiares y se regirán por las normas de este párrafo, cualquiera sea el régimen del matrimonio".

De dicha norma fluye el fundamento fáctico del cual depende la decisión de acoger o rechazar una declaración de bien familiar, pues procede con la confluencia de dos requisitos básicos, a saber: primero, que se trate de un bien inmueble que sea propiedad de uno de los cónyuges o de ambos, cualquiera sea el régimen matrimonial; y, segundo, que dicha propiedad sirva de residencia principal de la familia. Particularmente este segundo requisito contiene a su vez tres elementos cuya interpretación se hace necesaria: el bien inmueble cuya declaración se solicita debe ser el que "sirva" de "residencia principal" de "la familia".

La forma verbal "servir" empleada por el legislador, en presente del subjuntivo, "sirva", supone en principio que la cosa en cuestión esté destinada, sea usada, ocupada actual y efectivamente, por la familia, lo que obliga desde ya a interpretar en qué momento debe situarse el juzgador para entender cumplido este primer presupuesto. Al respecto, sin que exista en la historia de la ley y su discusión en el Congreso antecedente alguno que permita apoyar una conclusión, aparece lógico que la constatación de su oportunidad debe hacerse al momento de

presentarse la demanda, que es el momento en la cual los presupuestos materiales (interés) y procesales (*legitimatío ad causam*) han de ser examinados por el juzgador. Fluye, de los antecedentes del proceso que, al momento de presentarse la demanda de autos, el inmueble cuya afectación se solicita estaba destinado, era usado u ocupado efectivamente por la actora y su hija que habían fijado ahí su domicilio. Luego, la circunstancia sobreviniente de que la actora y su hija se encuentren alejadas temporalmente del mismo, por razones de fuerza mayor cuyo impedimento ha tenido su origen en un primer momento por los actos de autoridad a consecuencia de la pandemia del Covid y luego en una decisión judicial cuyo resultado ha sido la prohibición provocada por el demandado para que la niña retornara país, pero que no han mermado la intención de volver, no hacen variar la conclusión ni justifican el desplazamiento del examen de oportunidad al momento de dictarse la sentencia. Esta conclusión responde, además, a la función social y el carácter de orden público que cumple el instituto de los bienes familiares que es la protección de la familia y encuentra sustento en la regla del inciso primero del artículo 65 del Código Civil que, siguiendo la misma lógica, prescribe que "el domicilio civil no cambia por el hecho de residir por largo tiempo en otra parte, voluntaria o forzadamente, conservando su familia y el asiento principal de sus negocios en el domicilio anterior".

El segundo elemento referido a que el inmueble constituya la "residencia principal" no amerita mayor examen, desde que ha quedado asentado que el inmueble cuya declaración se solicita es el único de propiedad del cónyuge demandado, en donde la actora y su hija lo han fijado como su domicilio y ocupan para vivir. El tercer elemento, referido a que este inmueble sirva de residencia principal de "la familia", tampoco merece cuestionamiento desde que, y particularmente en el caso de separación de los cónyuges, la cónyuge no propietaria y su hija conforman una familia.

Sexto: Que, por lo antes referido, no puede sino estimarse que la sentencia incurrió en errores de derecho, pues infringió, por un lado, el artículo 83 de la Ley N° 19.947 al concluir que el matrimonio de las partes había terminado por el divorcio pronunciando en sentencia extranjera, en circunstancias que su reconocimiento en Chile no ha sido solicitado a fin que adquiera fuerza y con ello subinscribirla al margen de la inscripción matrimonial vigente, de modo que no puede producir efecto alguno en Chile entre los cónyuges ni respecto de terceros; y, por otro lado, por quebrantar el artículo 141 del Código Civil, al concluir que no concurrían los presupuestos para declarar el inmueble como familiar, por no constituir actualmente el hogar o residencia principal de la familia.

Dichas infracciones de ley anotadas influyeron sustancialmente en lo dispositivo de la sentencia atacada, desde que condujo a desestimar la pretensión de la actora, a pesar de concurrir los requisitos legales para ello, razones por las cuales se acogerá el recurso de nulidad substancial promovido.

Por estas consideraciones, disposiciones legales citadas y lo preceptuado en los artículos 764, 765, 767 y 772 del Código de Procedimiento Civil, se acoge el recurso de casación en el fondo deducido contra la sentencia de seis de julio de dos mil veintidós dictada por la Corte de Apelaciones de Valparaíso, la que, en consecuencia, se invalida y se la reemplaza por la que se dicta a continuación, sin nueva vista y separadamente.

Regístrese.

Pronunciado por la Cuarta Sala de la Corte Suprema integrada por los Ministros señoras Gloria Ana Chevesich R., María Cristina Gajardo H., señor Diego Simpértigue L., ministro suplente señor Hernán González G., y el abogado integrante señor Gonzalo Ruz L.

No firman el ministro señor Simpértigue y el ministro suplente señor González, no obstante haber concurrido a la vista y al acuerdo de la causa, por estar en comisión de servicios el primero y por haber terminado su periodo de suplencia el segundo.

14. Corte Suprema, 30 de junio de 2023, rol N° 136.273-2022

Cuidado personal. Cuidado se entregó al padre. Mayoría de edad. Vulneración de artículos 225 y 226 del Código Civil. Vulneración de artículos 25 y 50 de la Ley N° 21.430.

Santiago, treinta de junio de dos mil veintitrés.

Vistos:

En autos RIT C 181 2020, caratulados "B. con G. ", seguidos ante el Juzgado de Familia de San Antonio, por sentencia de tres de noviembre de dos mil veintiuno, se acogió la demanda de cuidado personal del adolescente de iniciales B.B.G interpuesta por don Rodrigo E. B. F. en contra de doña Joana G. S.

La demandada dedujo recurso de casación en la forma y de apelación subsidiariamente y una sala de la Corte de Apelaciones de Valparaíso, por sentencia de seis de octubre de dos mil veintidós, previo rechazó de la casación formal, confirmó la sentencia apelada.

En contra de la última decisión la misma parte dedujo recurso de casación en el fondo acusando la infracción de las normas que indica, 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 demanda de cuidado personal.

Se trajeron los autos en relación.

Considerando:

Primero: Que la recurrente, tras exponer los antecedentes de la causa y transcribir considerandos relevantes de las sentencias de primera y segunda instancia, denuncia, en un primer capítulo, la infracción de los artículos 225 2 y 226 del Código Civil en relación con los artículos 32 y 66 N° 4 de la Ley N° 19.968, porque al sostener que le afecta causal de inhabilidad, no se tuvo en consideración el peritaje de la Unidad de Salud Mental del Hospital Claudio Vicuña, que indica que no presenta un trastorno, sino una forma de ser, sin indicar los medios de prueba que ponderaron para arribar a tal conclusión. En un segundo capítulo denuncia la vulneración de los artículos 425 y 428 del Código de Procedimiento Civil, porque no se valoró el citado peritaje de la Unidad de Salud Mental. En un tercer capítulo, denuncia infringidos los artículos 25 y 50 de la Ley N° 21.430, al no considerar que el adolescente vivió por trece años con su madre, quien cubrió todas sus necesidades. Finaliza solicitando se acoja el recurso de casación, se invalide la sentencia impugnada y se dicte acto continuo, y sin nueva vista, la de reemplazo que rechace la demanda de cuidado personal.

Segundo: Que la magistratura del fondo tuvo por establecidos los siguientes hechos:

1. Las partes son progenitores de un hijo común nacido el 28 de enero de 2005, quien, por resolución de 13 de enero de 2019, dictada en causa RIT P 2919, se encuentra al cuidado del padre.
2. Entre las partes han existido causas por violencia intrafamiliar sin sentencias condenatorias.
3. Las competencias parentales de la madre se sitúan en una variable en rango de problema moderado. Ha ejercido en contra de su hijo actos de maltrato físico y psicológico, poniendo en

riesgo su salud física y psicológica, que derivó en el Programa de Reparación al Maltrato Grave, donde aquella no adhirió a las terapias y cuestionó la validez del referido programa, con una presentación al Director Regional de SENAME.

4. El padre nunca ha impedido el contacto del hijo con su madre, con quien se está revinculando. Trabaja como supervisor de mantenimiento en Constructora Copahue, en Valparaíso, desde febrero de 2021, con un ingreso de \$ 1.000.000 mensual.

5. El adolescente manifestó su interés de vivir con su padre.

6. La demandada ejerce actividad laboral durante el año 2020 como asesora en un condominio de la comuna de Santo Domingo, con un ingreso mensual cercano a los \$400.000 mensual. Presenta un trastorno de personalidad narcisista, que la Unidad de Salud Mental del Hospital Claudio Vicuña señala que debe ser abordada con terapia. Sobre la base de tales antecedentes se razonó que la madre del adolescente ha incurrido en, al menos, dos de las inhabilidades que contempla el artículo 42 de la Ley de Menores en relación al artículo 226 del Código Civil, esto es, el numeral "6° Cuando maltrataren o dieran malos ejemplos al menor o cuando la permanencia de éste en el hogar constituyere un peligro para su moralidad" y "7° Cuando cualesquiera otras causas coloquen al menor en peligro moral o material", por lo que se acogió la demanda y se otorgó al padre el cuidado personal del adolescente."

Tercero: Que dichos presupuestos fácticos resultan inamovibles en sede de casación, según se desprende de lo que dispone el artículo 785 del Código de Procedimiento Civil, salvo que se acuse la vulneración de lo que dispone el artículo 32 de la Ley N° 19.968, que ordena que la prueba debe apreciarse conforme a las reglas de la sana crítica; concepto que está compuesto de dos elementos: la lógica, conformada por "reglas universales establecidas y permanentes en el tiempo propias de la razón humana y que conducen a una conclusión o, en lo fundamental, a la emisión de un juicio", cuyos principios son, los siguientes: de identidad (una cosa solo puede ser igual a sí misma), de contradicción (una cosa no puede ser explicada por dos proposiciones contrarias entre sí), de razón suficiente (las cosas existen y son conocidas por una causa capaz de justificar su existencia), del tercero excluido (si una cosa únicamente puede ser explicada dentro de una de dos proposiciones alternativas, su causa no puede residir en una tercera proposición ajena a las dos precedentes), de a contrari (si no se dan los supuestos, no se puede dar la solución), y de ad absurdum (referido a que lo que es inaceptable, porque es un imposible jurídico y físico); y las máximas de experiencia o "reglas de la vida" a las que el juzgador consciente o inconscientemente recurre; debiendo entenderse por tal, según la doctrina, como "el conjunto de juicios fundados sobre la observación de lo que ocurre comúnmente y que pueden formularse en abstracto por toda persona de nivel mental medio". (Derecho Procesal Penal. Tomo II, pág. 922. Editorial AbeledoPerrot 2010). A dichos elementos debe agregarse los conocimientos científicamente afianzados.

Cuarto: Que esta Corte ha señalado reiteradamente que para prospere un recurso de casación en el fondo que se basa en la incorrecta aplicación de la citada disposición, que autorizaría alterar los hechos asentados en la sentencia que se impugna, es menester que se

indique cuál de los elementos que componen el referido sistema de valoración de la prueba fue infringido; causal 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 indica el artículo 32 de la Ley N° 19.968; sin embargo, como de la lectura del recurso se aprecia que no da cumplimiento a lo señalado y que, en definitiva, se impugna el proceso intelectual de apreciación de la prueba rendida por los litigantes, que escapa al control de casación, el recurso no puede prosperar.

Quinto: Que, de este modo, a partir del marco fáctico establecido de manera inamovible por la sentencia impugnada, deben rechazarse las infracciones legales denunciadas, puesto que para concluir que la madre incurrió en las causales de inhabilidad que señala, de sus motivaciones se desprende que la decisión es producto de un correcto análisis e interpretación de lo previsto en los artículos artículo 42 de la Ley de Menores en relación al artículo 226 del Código Civil N° 6 y 7, efectuando un ejercicio de ponderación de sus capacidades personales, que llevó a concluir que el progenitor satisfacía de mejor modo el interés superior del adolescente además, se avenía con los deseos expresados por él.

Sexto: Que, a mayor abundamiento, como el adolescente cumplió 18 años de edad el pasado 28 de enero, al ser mayor de edad puede tomar las decisiones que estime convenientes respecto a con quién desea vivir.

Séptimo: Que, atendido lo expuesto, el recurso deducido por la parte demandada debe ser necesariamente desestimado.

Por estas consideraciones y de conformidad, además, con lo dispuesto 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 seis de octubre de dos mil veintidós, dictada por la Corte de Apelaciones de Valparaíso.

Regístrese, notifíquese y comuníquese.

Pronunciado por la Cuarta Sala de la Corte Suprema integrada por los Ministros señoras Gloria Ana Chevesich R., María Cristina Gajardo H., señor Diego Simpertigue L., ministra suplente señora María Loreto Gutiérrez A., y el abogado integrante señor Eduardo Morales R. No firma la ministra suplente señora Gutiérrez, no obstante haber concurrido a la vista y al acuerdo de la causa, por haber terminado su periodo de suplencia. Santiago, treinta de junio de dos mil veintitrés.

15. Corte Suprema, 5 de julio de 2023, rol N° 17.821-2023.

Alimentos. Rebaja de alimentos. Hechos establecidos por los jueces del fondo son inamovibles Disminución de capacidad económica del alimentante Ausencia de vulneración a reglas de la sana crítica.

Santiago, cinco de julio de dos mil veintitrés.

Vistos:

En autos RIT C 490 2021 del Juzgado de Familia de Quillota, caratulados "O. con B.", por sentencia de veintiocho de junio de dos mil veintidós, se acogió la demanda de rebaja de alimentos interpuesta por don Cristian G. O. E. en contra de doña Katherine P. B. B. y se fijaron en la suma equivalente a 1,98065 unidades tributarias mensuales.

Ambas partes apelaron de la sentencia y una sala de la Corte de Apelaciones de Valparaíso, con fecha veinticuatro de enero de dos mil veintitrés, la confirmó.

En contra de esta última decisión las partes dedujeron recursos de casación en el fondo, denunciando la infracción de lo dispuesto en las normas legales que citan, y solicitan que se lo acoja y se la anule, acto seguido y en forma separada, se dicte la de reemplazo que mantenga los alimentos en 2,3192 unidades tributarias mensuales, en el caso de la demandada, y en la equivalente al 15% de un ingreso mínimo remuneracional, en el caso del demandante.

Se ordenó traer los autos en relación.

Considerando:

Primero: Que el recurso de la parte demandada, tras exponer la prueba rendida y transcribir los considerandos octavo a undécimo de la sentencia de primera instancia, los argumentos de su apelación y las decisiones de segunda instancia, denuncia infringido en un primer capítulo el artículo 329 del Código Civil, porque para acreditar la capacidad económica del demandante se rindió prueba pericial y certificado de cotizaciones que dan cuenta de no haber percibido remuneraciones en un año, sin considerar que es dueño de un inmueble y de un automóvil y que ha percibido el ingreso familiar de emergencia. En un segundo capítulo denuncia la infracción de los artículos 32 y 66 N° 4 de la Ley N°19968 en relación a los artículos 425 y 428 del Código de Procedimiento Civil, porque se resolvió en contra de las máximas de la experiencia al dar valor al informe pericial del demandado que indica que vive con su pareja, pero no comparten gastos, los que no fueron respaldados documentalmente. Finalmente, alega infringidos los artículos 7 y 12 de la Ley N° 21.430, porque no se consideró el interés superior del niño al momento de fijar el monto de los alimentos. Luego, señala cómo las infracciones legales que denuncia influyeron sustancialmente en lo dispositivo de la sentencia impugnada, y solicita que se acoja el recurso y se la anule, acto seguido, sin nueva vista y separadamente, se dicte la de reemplazo que rechace la demanda de rebaja de alimentos deducida.

Segundo: Que en el recurso deducido por la parte demandante se alega la infracción de los artículos 32 y 66 N° 4 de la Ley N°19.968 en relación al artículo 3 de la Ley N°14.908, al

acoger la demanda de rebaja y fijar su monto, sin considerar que tiene cargas de familia adicionales que merman su situación patrimonial.

Finalmente señala cómo los vicios denunciados influyeron substancialmente en la parte dispositiva del pronunciamiento que impugna, y solicita que se acoja el recurso y se lo anule, acto seguido, sin nueva vista y separadamente, se dicte el de reemplazo que fije los alimentos en un 15% de un ingreso mínimo remuneracional.

Tercero: Que la judicatura del fondo estableció los siguientes hechos:

1. Las partes son padres de un niño de 12 años de edad a la fecha de la demanda. Cursa octavo básico a la época de dictarse la sentencia de primera instancia. Presenta un diagnóstico de estrabismo, tiene problemas de visión en el ojo izquierdo y sus necesidades ascienden a \$218.551.

2. Los alimentos en favor del hijo común se acordaron en causa RIT M357 2015, en que determinaron que el padre pagará en su favor la suma equivalente al 35,55% del valor de un ingreso mínimo mensual para fines remuneracionales.

3. El alimentante, entre julio de 2019 a febrero de 2020, percibió rentas promedio de \$147.709 a \$1.196.022; entre marzo de 2020 a abril de 2022 no registró cotizaciones. Se desempeña en el rubro de la construcción de manera inestable y sus rentas promedio en los últimos meses alcanzan la suma de \$300.000 mensuales. Es dueño de un inmueble y de un vehículo motorizado, adquiridos con anterioridad a acordar los alimentos primitivos. Paga alimentos en favor de una hija de 10 años de edad, regulados en causa RIT C 1725 2006 en la suma de \$50.000 y en favor de otra, mayor de edad, acordados en causa RIT M 72020, por la suma equivalente a 15,314% del valor de un ingreso mínimo mensual para fines remuneracionales, en ese tiempo \$50.000 mensuales.

4. La demandada no realiza actividades remuneradas y tiene un hijo de 1 año de edad. Sobre la base de tales hechos se consideró que ambas partes han disminuido sus capacidades económicas; el demandante se desempeña de forma inestable en actividades de construcción y la demandada se encuentra cesante, percibiendo ingresos sólo de los bonos del Estado y tiene una nueva carga familiar; por lo que se acogió la demanda de rebaja y se fijó su quantum en la suma equivalente a 1,98065 unidades tributarias mensuales.

Cuarto: Que, en lo que concierne a las infracciones legales denunciadas, se debe tener presente que, como esta Corte ha señalado reiteradamente, sólo la judicatura del fondo se encuentra facultada para fijar los hechos de la causa, sin que sea dable su revisión en esta sede, a menos que se denuncie el quebrantamiento de disposiciones que integran el sistema valorativo de la sana crítica y se explique, de manera eficiente, la forma cómo se conculcaron los principios de la lógica, las máximas de la experiencia o los conocimientos científicamente afianzados. En la especie, si bien en ambos recursos se acusa infracción al artículo 32 de la Ley N° 19.968, en relación a la ponderación de los antecedentes que llevó a acoger la demanda de rebaja de alimentos y fijar un monto que los recurrentes estiman no considera adecuadamente sus facultades económicas, lo cierto es que los recursos no desarrollan el modo en que los

razonamientos expresados en la sentencia habrían conculcado las reglas de la lógica, los conocimientos científicos afianzados y las máximas de la experiencia, por lo que la crítica se concentra en el proceso de apreciación de cuyo resultado disienten, pero al no haber acreditado la vulneración a las reglas que componen el sistema de la sana crítica, no es posible alterar el marco fáctico de la decisión por medio de este mecanismo extraordinario y de derecho estricto.

De este modo, la crítica se concentra en el proceso de valoración, de cuyo resultado disienten, pero al no haber acreditado la vulneración a las reglas que componen el sistema de la sana crítica, no será posible acoger el capítulo de casación alegado y que se contiene en los arbitrios interpuestos.

Quinto: Que, en consecuencia, sobre la base de los hechos establecidos de manera inamovible en el fallo, debe concluirse que la decisión es producto de una correcta aplicación de las normas sustantivas cuya vulneración se acusa, pues se acogió la demanda de rebaja de alimentos y se fijó el monto de los mismos tras dar por acreditado que las circunstancias domésticas y facultades económicas del alimentante han disminuido y las actuales le permiten pagar el monto por el que fue condenado, por lo que no concurre el presupuesto que permite alterar el monto de la obligación.

Sexto: Que, por lo razonado, los recursos de casación en el fondo serán rechazados.

Por estas consideraciones y visto, además, lo dispuesto en los artículos 764, 765, 767 y 783 del Código de Procedimiento Civil, se rechazan los recursos de casación en el fondo deducidos por el demandante y por la demandada contra la sentencia de veinticuatro de enero de dos mil veintitrés, pronunciada por la Corte de Apelaciones de Valparaíso.

Regístrese, notifíquese y comuníquese.

Pronunciado por la Cuarta Sala de la Corte Suprema integrada por los Ministros (as) Gloria Chevesich R., Andrea Maria Muñoz S., Maria Gajardo H., Diego Gonzalo Simpertigue L. y Abogada Integrante Leonor Etcheberry C. Santiago, cinco de julio de dos mil veintitrés.

16. Corte Suprema, 7 de julio de 2023, rol N° 87.443-2023

Relación directa y regular. Modificación. Admisibilidad del recurso de casación en el fondo. Error de derecho. Normas decisoria litis no invocadas. (Derecho de familia)

Santiago, siete de julio de dos mil veintitrés.

Vistos y teniendo presente:

Primero: Que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 782 del Código de Procedimiento Civil, se ordenó dar cuenta del recurso de casación en el fondo deducido por la parte demandada, en contra de la sentencia dictada por la Corte de Apelaciones de Chillán, que desestimó el de casación en la forma y confirmó la de primera instancia que modificó el régimen de relación directa y regular, con declaración que la pensión de alimentos se regula en la suma de 12,02155 Unidades Tributarias Mensuales equivalentes, al momento de pronunciarse el fallo, a \$750.000.

Segundo: Que la recurrente acusa que se han vulnerado al artículo 768 inciso tercero del Código de Procedimiento Civil y 32 de la Ley 19.968.

Expresa que el fallo impugnado rechazó la nulidad formal, atendido a que el vicio denunciado fue alegado como el agravio que fundaba la apelación subsidiaria.

Refiere que se vulneró por la judicatura de primera instancia las reglas de ponderación de la prueba conforme a las reglas de la sana crítica, ya que sólo se enumeraron los medios de prueba del denunciado pero que ellos no se valoraron, vicios que no han sido subsanados.

Tercero: Que, conforme a lo dispuesto en el artículo 767 del Código de Procedimiento Civil, el recurso de casación en el fondo procede sólo respecto de las sentencias dictadas con infracción de ley, es decir, cuando han incurrido en errores de derecho dando a la norma un alcance diferente de aquél otorgado por el legislador, aplicando un precepto a una situación no prevista por el mismo o dejando de hacerlo en un caso que sí regula, siempre que los yerros referidos influyan sustancialmente en su parte dispositiva.

Cuarto: de la lectura del recurso, se constata que la norma que se denuncia vulnerada no es *decisoria litis*, toda vez que el artículo 3 de la Ley 21.430 se refiere a las reglas especiales de interpretación de las normas referidas a la protección de la infancia, razón por la que debe ser declarado inadmisibile.

Por estas consideraciones y de conformidad, además, con lo dispuesto en los artículos 764, 767 y 772 del Código de Procedimiento Civil, se declara inadmisibile el recurso de casación en el fondo interpuesto contra la sentencia de veintiocho de abril de dos mil veintitrés.

Regístrese y devuélvase. Rol N° 87.443-2023.-

17. Corte Suprema, 17 de julio de 2023, rol N° 62.054-2023

Medida de protección. Interés superior del niño. Curador ad litem. Crítica a la ponderación de la prueba. Cuidado personal proteccional. Denuncia sobre delito de abuso sexual. No denuncia el quebrantamiento o desatención de concreta regla de la sana crítica. (Derecho de familia)

Santiago, diecisiete de julio de dos mil veintitrés.

Vistos:

En estos autos P 1559 2021, caratulados "A. con G.", seguidos ante el Juzgado de Familia de Valparaíso, por sentencia de siete de diciembre de dos mil veintidós, se acogió el requerimiento proteccional del curador ad litem de la niña de iniciales M.A.A.G. y se dispuso mantenerla bajo el cuidado personal de su madre por el plazo de seis meses, derivarla junto a sus progenitores a un programa de intervención especializado por un año y, respecto a la madre requerida, derivarla al Centro de Salud Familiar Plaza de Justicia para una evaluación psiquiátrica. Resolvió, además, mantener la medida cautelar de relación directa y regular de la niña con su abuela y tía paterna por el plazo de noventa (90) días.

Apeló la madre requerida de la decisión de mantener la medida cautelar de relación directa y regular de la niña con su abuela y tía paterna y la Corte de Apelaciones de Valparaíso, con fecha treinta de marzo de dos mil veintitrés, la confirmó.

En contra de dicha decisión, la misma parte dedujo recuso de casación en el fondo que pasa a analizarse.

Se ordenó traer los autos en relación.

Considerando:

Primero: Que la recurrente denuncia la infracción del artículo 32 en relación con los artículos 16 de la Ley N° 19.968, 7° de la Ley N° 21.430 y 229 2 del Código Civil, porque estima que infringe los principios de la lógica mantener la relación directa y regular con la abuela y tía paterna pese a tener por acreditado que la niña fue víctima de un delito de connotación sexual por parte del tío paterno; decisión que contraviene los conocimientos científicamente afianzados porque no considera que de acuerdo al peritaje elaborado por la Sra. Valdovinos, se sugirió realizar un despeje familiar del núcleo paterno extendido y la realización de peritajes a la abuela y tía paternas, para configurar una intervención especializada y psicosocial. Sostiene que dicha medida vulnera el interés superior de la niña, porque la prerrogativa de mantener una relación directa y regular con sus abuelos, corresponde a un régimen autónomo y diferente al de los padres, en cuanto derecho que le corresponde a los hijos, y no una facultad de los abuelos, no obstante que su regulación judicial se sujeta a los criterios del artículo 229 inciso 3° del Código Civil. Por lo anterior, solicita se acoja su recurso de casación en el fondo, se invalide la sentencia impugnada y acto seguido, sin nueva vista, se suspenda la medida cautelar de relación directa y regular de la niña con la abuela y tía paterna.

Segundo: Que, para una adecuada solución del asunto propuesto por el recurso, debe señalarse que la judicatura del fondo tuvo por acreditados los siguientes hechos:

1. La niña de iniciales M.A.A.G. nació el 11 de agosto de 2014. Tiene filiación determinada respecto de ambos progenitores. Vive junto a su madre y una hermana por línea materna. Fue diagnosticada con un trastorno específico del lenguaje de tipo mixto.

2. En causa RIT P 32 2018, se inició una medida de protección en favor de la niña por una denuncia de abuso sexual en contra del tío paterno por una posible vulneración de derechos en el área de la sexualidad, tras lo cual la niña mantuvo un régimen comunicacional con el padre cada 15 días. El 24 de enero de 2018 se arribó a una solución colaborativa y se derivó al grupo familiar al programa de reparación del maltrato Ayen, por un año, desde donde egresó por haberse cumplido los objetivos.

En el año 2019 la madre volvió a denunciar al tío paterno y se dictó una orden de alejamiento por 90 días. El mismo año denunció al padre por un presunto abuso sexual. Ambas denuncias originaron la causa RUC 1901057171 8 de la Fiscalía Local de Valparaíso, que terminaron por decisión de no perseverar, resolviendo la Fiscalía Regional reabrir las tras un reclamo de la madre durante la tramitación de la medida de protección de autos.

3. Se identificó como red de apoyo para la niña a su abuela y tía paternas, quienes constituyen un recurso importante para el proceso de resignificación de experiencias negativas en relación al ejercicio de roles de su mundo adulto significativo, a quienes identificó como personas relevantes en su vida, por lo que se dispuso un régimen comunicacional con ellas de manera presencial y sólo el último día del juicio la madre dio cuenta que en su desarrollo, presuntamente habría tenido contacto con el padre.

4. La niña presenta indicadores de daño compatibles con vulneraciones de derecho que se traducen en su triangulación en el contexto de separación conflictiva de sus progenitores, que se han cronificado en un litigio altamente contencioso entre los padres instalándose pautas de instrumentalización y alineación por parte de progenitora, deliberada o inconscientemente, con finalidad de obstaculizar el normal desarrollo de la relación directa irregular con el padre.

5. La madre presenta una constelación límite histriónica de la personalidad, habilidades para el cuidado que dan cuenta de falencias que ponen en riesgo el desarrollo psicoemocional de la niña.

6. Respecto del padre, no se observan indicadores de salud mental o funcionamiento psicológico que pudieran estar entorpeciendo el normal desarrollo de su rol parental, contando con un nivel bajo de riesgo de violencia sexual, presenta condiciones adecuadas para reunificación con su hija, proceso de revinculación que debe realizarse de manera supervisada y asistida en instancia de intervención especializada. Cuenta con adecuadas competencias parentales y en su informe la Fundación Pares sugiere otorgarle el cuidado de la niña.

Sobre la base fáctica antes señalada, considerando que la niña ha sido expuesta a la conflictiva parental e invisibilizada en la dinámica adulta, resolvió hacer lugar a las medidas de protección

de derivación a programas especializados y a mantener la relación directa y regular de la niña con su abuela y tía paterna.

Tercero: Que, como esta Corte ha señalado reiteradamente, la determinación de los hechos corresponde a una facultad que se ejerce exclusivamente en las instancias del fondo, sin que sea dable su revisión en esta sede, a menos que se denuncie y acredite el quebrantamiento de disposiciones que integran el sistema valorativo de la sana crítica. En la especie, se acusa infracción al artículo 32 de la Ley N° 19.968, que prescribe que la prueba debe apreciarse conforme a las reglas de la sana crítica, un concepto compuesto de tres elementos: la lógica, conformada por "reglas universales establecidas y permanentes en el tiempo propias de la razón humana y que conducen a una conclusión o, en lo fundamental, a la emisión de un juicio", cuyos principios son, los siguientes: de identidad (una cosa solo puede ser igual a sí misma), de contradicción (una cosa no puede ser explicada por dos proposiciones contrarias entre sí), de razón suficiente (las cosas existen y son conocidas por una causa capaz de justificar su existencia), y de tercero excluido (si una cosa únicamente puede ser explicada dentro de una de dos proposiciones alternativas, su causa no puede residir en una tercera proposición ajena a las dos precedentes), sin agotar con ello, en todo caso, los parámetros lógicos que deben guiar la construcción epistémica probatoria.

En segundo lugar, por las máximas de experiencia o "reglas de la vida", entendiendo por tales, según la doctrina, "definiciones o juicios hipotéticos de contenido general, desligados de los hechos concretos que se juzgan en el proceso, procedentes de la experiencia, pero independientes de los procesos particulares de cuya observación se han inducido y que, por encima de esos casos, pretenden tener validez para otros nuevos" (STEIN, Friedrich; El conocimiento privado del juez, Editorial Temis, Bogotá, 2ª edición, 1999, p. 27). Y por último, por los conocimientos científicamente afianzados, que son los saberes proporcionados por las ciencias y las técnicas (artes y oficios reputados), que surgen luego de operaciones metódicas estandarizadas, cuyos resultados son verificables y susceptibles de refutación.

Luego, para que prospere un recurso de casación en el fondo que se basa en la incorrecta aplicación de la citada disposición, que autorizaría alterar los hechos asentados en la sentencia que se impugna, es menester que se indique cuál de los elementos que componen el referido sistema de valoración de la prueba fue infringido; causal 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 indica el artículo 32 de la Ley N° 19.968.

Además, se ha sostenido insistentemente, que sólo la judicatura del fondo se encuentra facultada para fijar los hechos de la causa, sin que sea dable su revisión en esta sede, a menos que se denuncie, de la manera indicada, el quebrantamiento de disposiciones que integran el sistema valorativo de la sana crítica.

Pues bien, a juicio de la recurrente, se infringió el artículo 32, por las razones anotadas en el motivo primero; sin embargo, como se advierte, incumple la exigencia a que se ha hecho

referencia, lo que conduce a la conclusión que el reproche no parece apuntar a una verdadera vulneración a las reglas de la sana crítica, sino a una perspectiva distinta acerca de la ponderación de la prueba, cuestión que, si bien resulta legítima, no configura el vicio que se pretende, desde que es atribución privativa de la judicatura de fondo la apreciación de los medios probatorios y sólo puede invalidarse el fallo si se acredita una infracción a dichas reglas, lo que no ocurre en la especie. En tal sentido, es pertinente tener en consideración que sólo la judicatura de fondo se encuentra facultada para fijar los hechos de la causa y que, efectuada correctamente dicha labor, esto es, con sujeción a las denominadas normas reguladoras de la prueba atinentes al caso en estudio, resultan inalterables para este tribunal, conforme lo previsto en el artículo 785 del Código de Procedimiento Civil, no siendo posible su revisión por la vía de la nulidad que se analiza sin que se haya demostrado infracción de las mismas.

Cuarto: Que, en cuanto a la alegación de haberse fallado vulnerando el interés superior de la niña consagrado en los artículos 16 de la Ley N° 19.968 y 7 de la Ley N° 21.430, por mantener su vinculación la familia de sus agresores, tal alegación se aparta de los hechos establecidos por la legislatura del fondo, porque no es efectivo que se encuentre acreditado que alguno de los familiares tenga participación en alguno de los hechos denunciados por la madre requerida; sino que, por el contrario, la sentencia impugnada establece que la vulneración de derechos de la niña es producto de la triangulación y alineación de que es víctima tras la conflictiva separación de sus padres.

Quinto: Que, relacionado con lo anterior, no se infringió el artículo 229 2 del Código Civil, que señala "El hijo tiene derecho a mantener una relación directa y regular con sus abuelos. A falta de acuerdo, el juez fijará la modalidad de esta relación atendido el interés del hijo, en conformidad a los criterios del artículo 229", puesto que la fijada por el tribunal en favor de la niña con su abuela y tía paterna fue dispuesta en el contexto de una medida de protección por la grave vulneración de sus derechos, en que se determinó que son adultas que contribuyen a resignificar el daño de que ha sido objeto.

Sexto: Que, en consecuencia, sobre la base de los hechos establecidos de manera inamovible en el fallo, debe colegirse que la decisión es producto de una correcta aplicación de las normas sustantivas atinentes a la materia que se trata, al disponer que como medida de protección para la niña, que se vincule con su abuela y tía paterna, considerando para aquello que la niña ha sido gravemente vulnerada en sus derechos, que requiere de redes de apoyo y que para tales efectos su abuela y tía paterna son figuras significativas.

Por estas consideraciones y visto, además, lo dispuesto en los artículos 764, 765, 767 y 783 del Código de Procedimiento Civil, se rechaza el recurso de casación en el fondo deducido por la madre requerida contra la sentencia de treinta de marzo de dos mil veintitrés, dictada por una sala de la Corte de Apelaciones de Valparaíso.

Regístrese, notifíquese y comuníquese.

Pronunciado por la Cuarta Sala de la Corte Suprema integrada por los Ministros (as) Andrea Maria Muñoz S., Maria Gajardo H., Diego Gonzalo Simpertigue L. y los Abogados (as) Integrantes Leonor Etcheberry C., Carolina Andrea Coppo D. Santiago, diecisiete de julio de dos mil veintitrés.

18. Corte Suprema, 17 de julio de 2023, rol N° 61.633-2023

Relación directa y regular. Modificación. Suspensión. Interés superior del niño. Régimen progresivo. Entrevista reservada.

Santiago, diecisiete de julio de dos mil veintitrés.

Vistos:

En estos autos RIT C 1798 2020 seguidos ante el Juzgado de Familia de Valparaíso sobre modificación de relación directa y regular y reconvencional de suspensión, se acogió la demanda principal que don Miguel A. A. C. interpuso en contra de doña Karen G. Z. y se fijó uno progresivo y supervisado del padre con su hija: los dos primeros meses, domingo por medio, desde las 15:00 a las 17:00 horas; a partir del tercer y cuarto mes, fin de semana por medio los días sábados y domingos desde las 11:00 a las 19:00 horas, sin pernoctación; y, a partir del quinto mes, fin de semana por medio, desde el día sábado desde las 11:00 horas hasta el domingo a las 19:00 horas, con pernoctación, bajo la estricta supervisión de la Oficina de Protección de Derechos de Valparaíso. Además, fijó un régimen de manera telemático, dos días a la semana, los martes y jueves a las 17:00 horas. La demanda reconvencional de suspensión de relación directa y regular fue rechazada.

Apeló la demandada principal y demandante reconvencional y la Corte de Apelaciones de Valparaíso, por sentencia de treinta de marzo de dos mil veintitrés confirmó el fallo.

En contra de esta sentencia, la misma parte dedujo recurso de casación en el fondo, en el que solicita su invalidación y se dicte la de reemplazo que indica.

Se trajeron los autos en relación.

Considerando:

Primero: Que la recurrente denuncia infringidos el artículo 32 de la Ley N° 19.968 en relación con el 16 de la misma ley y el artículo 28 de la Ley N° 21.430. Sostiene que no se respetó el principio de la no contradicción al afirmarse en el considerando sexto de la sentencia de primera instancia, confirmada por la impugnada, que se escuchó a la niña en audiencia reservada y luego sostener en el duodécimo, que no se pudo llevar a efecto por no expresarse claramente y haciendo presente que la niña tiene 7 años. Alega que no escucharla infringe lo dispuesto en las normas indicadas. Alega que se infringen las máximas de la experiencia al sostener que no existen antecedentes para suspender la relación directa y regular, pese a que en informe del Programa de Reparación del Maltrato Maihue, evacuado en la causa de medida de protección el 27 de julio de 2020, se señala que era necesario suspenderlo de manera total, a lo que el tribunal hizo lugar por resolución de 3 de agosto del mismo año, agregando que era dicho programa el que debía pronunciarse sobre la factibilidad de retomarlo, lo que unido a su testimonial permite estimar que existen razones para no reanudar el contacto de la niña con su padre.

Luego denuncia infringido el artículo 7 de la Ley N° 21.430, porque la interpretación del artículo 229 del Código Civil se hizo apartado de su interés superior.

Por lo anterior, solicita se lo acoja, se invalide la sentencia impugnada y se dicte la correspondiente de reemplazo que revoque la de primera instancia y en su lugar rechace la demanda principal y acoja la reconventional.

Segundo: Que en la sentencia se establecieron los siguientes hechos:

1. Las partes son progenitores de la niña de iniciales M.A.A.G., nacida el 11 de agosto de 2014.
2. En causa RIT M 2866 18 del Juzgado de Familia de Valparaíso las partes acordaron la relación directa y regular que el padre mantendrá con la hija. Dicha relación se modificó provisoriamente el 19 de agosto de 2019, en causa RIT X 77 2018, que estableció uno provisorio, fin de semana por medio, de viernes a domingo en la ciudad de Valparaíso o Viña del Mar, sin pernoctación, por el tiempo que establezca el psicólogo tratante de acuerdo a los avances de la intervención.
3. En la misma causa RIT X 77 2018 se solicitó en diversas oportunidades por la madre la medida cautelar de suspensión del régimen comunicacional entre la niña y su progenitor por supuestos incumplimientos de la prohibición de acercamiento decretada, ya que en las visitas también se encontraría con su tío paterno, lo que nunca se acreditó ni se dio lugar, por tal motivo.
4. Que con fecha 13 de noviembre de 2019 se presentó nuevamente una solicitud de suspensión del régimen comunicacional, pero esta vez producto de nuevos hechos, en tanto la niña habría develado que también su padre habría vulnerado la esfera de su sexualidad durante el cumplimiento del régimen comunicacional, lo que conllevó a la suspensión de tal régimen entre M. y su padre, decretada por el tribunal en audiencia de revisión.
5. La niña presenta indicadores de daño compatibles con vulneración de derechos por triangulación de la misma en una dinámica de violencia intrafamiliar en contexto de separación conflictiva de los padres. Lo anterior se cronificó en un litigio altamente contencioso entre los padres.
6. La madre no presenta condiciones para la reunificación de su hija con el padre, viéndose involucrada en un litigio altamente contencioso con el adulto, instalándose pautas de instrumentalización y alienación deliberada o inconsciente, obstaculizando el normal desarrollo de la relación directa y regular de M. con el padre no custodio.
7. Respecto del padre, no se observan indicadores de salud mental o funcionamiento psicológico que pudieran estar entorpeciendo el normal desarrollo de su rol parental, contando con un nivel bajo de riesgo de violencia sexual.

Sobre la base de tales hechos, la sentencia razonó que "en la actualidad no existe ningún argumento para continuar con la suspensión de la relación directa y regular entre padre e hija, siendo todo lo contrario, absolutamente conveniente su restitución a la brevedad, para no seguir vulnerando su derecho a la identidad ni a mantener relaciones estables con ambos progenitores" y para determinar cuál es el régimen más beneficioso, tuvo en cuenta que la niña no tiene vinculación con su padre hace más de dos años, por lo que es del todo aconsejable que se realice de forma paulatina y progresiva, por lo que resolvió fijarlo de esa forma, progresiva

y supervisada, los primeros dos meses: domingo por medio, desde las 15:00 hasta las 17:00 horas; a partir del tercer y cuarto mes: fin de semana por medio, los días sábados y domingos desde las 11:00 hasta las 19:00 horas, sin pernoctación; y a partir del quinto mes: fin de semana por medio, desde el día sábado a las 11:00 horas hasta el día domingo a las 19:00 horas con pernoctación, bajo la estricta supervisión de la OPD de Valparaíso, debiendo notificársele a la institución por medio de correo electrónico y uno telemático por videollamadas. Adicionalmente y de manera telemática, dos días a la semana, los martes y jueves a las 17:00 horas.

Tercero: Que, como ha sostenido reiteradamente esta Corte, los hechos establecidos por la judicatura del fondo resultan inamovibles en sede de casación, a menos que se denuncie y acredite, tratándose de asuntos de familia, la vulneración de las reglas y principios de la sana crítica, sistema de apreciación de la prueba consagrado en el artículo 32 de la Ley N° 19.968, que permite ponderar la prueba con libertad, mas sin vulnerar los parámetros lógicos que deben guiar una construcción racional probatoria y, en particular, sin contradecir los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados.

La lógica, conformada por "reglas universales establecidas y permanentes en el tiempo propias de la razón humana y que conducen a una conclusión o, en lo fundamental, a la emisión de un juicio", cuyos principios son el de identidad (una cosa solo puede ser igual a sí misma), el de contradicción (una cosa no puede ser explicada por dos proposiciones contrarias entre sí), el de la razón suficiente (las cosas existen y son conocidas por una causa capaz de justificar su existencia), y el de tercero excluido (si una cosa únicamente puede ser explicada dentro de una de dos proposiciones alternativas, su causa no puede residir en una tercera proposición ajena a las dos precedentes).

En segundo lugar, las máximas de experiencia o "reglas de la vida", entendiendo por tales, según la doctrina, "definiciones o juicios hipotéticos de contenido general, desligados de los hechos concretos que se juzgan en el proceso, procedentes de la experiencia, pero independientes de los procesos particulares de cuya observación se han inducido y que, por encima de esos casos, pretenden tener validez para otros nuevos" (STEIN, Friedrich; El conocimiento privado del juez, Editorial Temis, Bogotá, 2ª edición, 1999, p. 27).

Y por último, por los conocimientos científicamente afianzados, que son los saberes proporcionados por las ciencias y las técnicas (artes y oficios reputados), que surgen luego de operaciones metódicas estandarizadas, cuyos resultados son verificables y susceptibles de refutación.

Cuarto: Que de esta manera, para que prospere un recurso de casación en el fondo que se basa en la incorrecta aplicación de la citada disposición, que autorizaría alterar los hechos asentados en la sentencia que se impugna, es menester que se indique cuál de los elementos que componen el referido sistema de valoración de la prueba fue infringido; causal 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 indica el artículo 32 de la Ley N° 19.968. Pues bien, a juicio de la recurrente, se infringió dicho precepto, primero porque la sentencia impugnada afirma que se realizó la audiencia reservada y al mismo tiempo que no fue posible desarrollarla y segundo, porque existen informes en una causa proteccional que recomiendan suspender la relación directa y regular con el padre, la que solo podría retomarse cuando uno de los programas a que ha sido derivado el grupo familiar recomiende retomarlo.

Sin embargo, en cuanto al primer argumento, tal alegación no podrá prosperar, primero, porque consta del registro de audio del juicio que tal como se lee del considerando sexto de la sentencia de primera instancia, reproducida por la impugnada, "Que se escuchó en audiencia reservada a la niña", por lo que no es efectivo que el tribunal de primera instancia no haya cumplido con aquella diligencia, situación que no es contradictoria con lo expuesto en el considerando duodécimo que señala que "en la audiencia reservada, no se pudo ejercer por la niña su derecho a ser oída, en tanto no se expresó claramente". De este modo, efectuada la audiencia reservada de rigor, la reflexión de su motivo duodécimo se relaciona con la posibilidad o no de indagar sobre aspectos relevantes relacionados con los presupuestos fácticos expuestos por las partes y que permitirían al tribunal conocer a través de la niña aquellos que pudieran resultar importantes para resolver.

En cuanto a la segunda alegación, de la lectura del recurso se aprecia que no se da cumplimiento a la carga referida en el párrafo segundo de este considerando, ya que se limita a enunciar que se infringió el principio de las máximas de la experiencia al desconocer que en una cusa anterior se dispuso como medida cautelar la suspensión de la relación directa y regular de la niña con el padre hasta que uno de los programas a que fueron derivados no autorizara la revinculación, sin desarrollar de qué modo se infringe tal regla de la sana crítica, ni tampoco se hace cargo de lo que expresa la sentencia impugnada en torno a la inexistencia de factores de riesgo por parte del progenitor que permitan mantener la suspensión del derecho de la niña a revincularse con él, decisión que, además, reconociendo que no han tenido contacto en años, establece una progresiva y bajo la supervisión de una Oficina de Protección de Derechos, tras valorar toda la prueba rendida por las partes.

Entonces, lo que en definitiva se impugna es el proceso de valoración de la prueba, de cuyo resultado disiente, pero al no haber acreditado de manera eficiente la vulneración a las reglas que componen el sistema de la sana crítica, no es posible alterar el marco fáctico de la decisión por medio de este mecanismo extraordinario y de derecho estricto, como es el recurso de casación en el fondo.

Quinto: Que, en cuanto a la presunta vulneración del interés superior de la niña, tal como esta Corte ha señalado (Roles N° 32.128 2015, N° 38044 17 y N° 91.796 21 entre otros) el concepto de "interés superior del niño" puede situarse como un hito dentro del avance progresivo global del reconocimiento jurídico a la protección general a los Derechos Humanos, focalizados, en la especie, de manera concreta, al ámbito del individuo en proceso de desarrollo hacia la adultez, el que toma un giro de especial relevancia en el mundo jurídico

y político al reemplazar la clásica fórmula de protección utilizada por el derecho de la modernidad que opera mediante la sistematización de catálogos de prohibiciones por una de carácter programático, que fomenta y promueve a nivel de Estados, la adopción de acciones positivas directas por la vía de cambios legislativos.

En otras palabras, como plantea la doctrina, "el estado de la cuestión de los derechos del niño, de este modo, transita, desde las definiciones normativas negativas, en cuanto prohíben los actos dañosos, a las exigencias positivas, impuestas directamente a los Estados para asegurar el bienestar integral del niño, contexto que justifica la introducción de este concepto jurídico de su interés, que sitúa al niño en una doble posición: en cuanto sujeto específico de derechos, y objeto de su protección" (González, Nuria y Rodríguez, Sonia, "El interés superior del menor en el marco de la adopción y el tráfico internacional", UNAM, México, 2011, p.75).

Sexto: Que, asimismo, esta Corte ha sostenido que el proceso de reconocimiento de los derechos de la infancia por declaraciones internacionales tiene su colofón con la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño de 1989. Pues en efecto, se afirma que dicho instrumento no sólo produjo un quiebre en la lógica de la protección por la vía de los catálogos de prohibiciones, que asumieron las legislaciones internas al introducir obligaciones de carácter internacional, que vinculan directamente a los Estados para adoptar actitudes positivas de protección, mediante el mandato de otorgar tutela efectiva a las exigencias contenidas en el sistema protector de la infancia, sino que, además, trajo una profunda innovación; pues, a diferencia de los instrumentos anteriores, que más o menos se limitaban a reafirmar los derechos que se reconocían, la Convención de 1989 se encargó de especificarlos, constituyéndose dicho instrumento como una fuente de derechos propia, que vinculada con la protección de los Derechos Humanos, reclama fuerza normativa autónoma e independiente, proyectándose, además, una nueva concepción del interés superior del niño, que superando su estatuto de mera declaración de intenciones, se convierte en norma vinculante, en criterio y principio, aplicable de manera concreta (Cillero, Miguel, "El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, en Revista "Justicia y Derechos del Niño", N° 1, Unicef/Ministerio de Justicia, Santiago, 1999).

El artículo 3° párrafo 1 del instrumento internacional en referencia, señala que: "En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño".

Como se observa, la utilización expresa del concepto del interés superior del niño implica un reconocimiento del consenso universal sobre los derechos del niño, consagrando los mecanismos de protección de la infancia, en cuanto una extensión precisa y concreta de aquellos relativos al resguardo general de los Derechos Humanos.

La fórmula del interés superior del niño, adquiere así, un nuevo significado en la Convención, pues, por un lado, es elevado al carácter de norma fundamental y se le otorga un rol jurídico que se proyecta a todo el aparato estatal, en cuanto precepto "rector guía" de sus

actuaciones, y por otro, y al mismo tiempo, se constituye como una exigencia de comportamiento global en el contexto internacional, planteando así, un mínimo ético universal que los actores sociales deben asumir. Sin embargo, como previene Miguel Cillero, tal composición, no la hace una idea vaga. Si bien, el interés superior del niño, por su generalidad conceptual, puede adolecer de cierta ambigüedad, la propia Convención lo coloca en un contexto normativo claro, propio y específico, y dentro de la lógica del sistema conformado por la demás normativa internacional, regulación que le otorga una concepción jurídica precisa que reduce "razonablemente la indeterminación" y que es "congruente con la finalidad de otorgar la más amplia tutela efectiva a los derechos del niño, en un marco de seguridad jurídica" (ob. Cit., p. 45).

Séptimo: Que, del mismo modo, ha señalado, que la legislación interna recoge de manera expresa este desarrollo conceptual en variadas normas, por ejemplo, y en lo pertinente al arbitrio en análisis, en el artículo 16 de la Ley N° 19.968, que consagra el principio del interés superior del niño, que por su reconocimiento convencional en instrumentos sobre Derechos Humanos, goza del estándar que le concede el inciso segundo del artículo 5° de la Constitución Política de la República, siendo deber del Estado, por tanto, su promoción y respeto.

Dicho texto señala que el interés superior del niño, niña o adolescente, es un principio rector que el juez de familia debe tener siempre como consideración principal en la resolución de la controversia específica, lo que significa que su aplicación debe ser concreta a la situación juzgada, en caso contrario, se infringe la norma.

En este mismo sentido, el inciso primero del artículo 222 del Código Civil dispone que "La preocupación fundamental de los padres es el interés superior del hijo, para lo cual procurarán su mayor realización espiritual y material posible, y lo guiarán en el ejercicio de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana de modo conforme a la evolución de sus facultades".

Octavo: Que, conforme los contornos doctrinales referidos a la noción de interés superior del niño, su contenido debe ser aplicado en el caso concreto como doble herramienta: por un lado, como criterio de control, en el sentido que el ejercicio de los derechos y obligaciones correlativas respecto de los niños, sea correctamente efectuado; y, como criterio de solución, en cuanto a cómo la noción misma del interés del niño debe dirigir la decisión en este caso jurisdiccional hacia la buena solución, que será aquella que coincida con su interés, concreta y sistemáticamente apreciado.

Lo anterior exige evaluar todos los elementos del interés del niño de que se trata, en cuanto consideración primordial y basal de la decisión que se adopte.

Noveno: Que, para ejecutar dicha labor, deben tenerse en cuenta los criterios legislativos existentes relativos al marco del derecho de la relación directa y regular, como los hechos que se tuvieron por establecidos en la causa, referidos en la motivación segunda de este fallo.

Al respecto, cabe señalar que lo primero corresponde a un "derecho deber", pues se entiende que en el contexto del derecho de familia se despliegan obligaciones recíprocas que se constituyen al mismo tiempo como privilegios y exigencias, que, en este caso, les corresponden tanto al hijo como al padre que carece de su cuidado personal, a fin de relacionarse con él. Es un derecho deber que desde la perspectiva del ejercicio de la coparentalidad le corresponde al padre, y a la vez es un derecho del niño, en cuanto concreción de su interés superior de disfrutar de sus relaciones de familia.

En efecto, el artículo 229 del Código Civil señala que la relación directa y regular tiene por objeto propender a la mantención periódica y estable del vínculo familiar entre el hijo y su padre o madre que no ejerce su cuidado personal, cuyo fundamento es el vínculo de filiación que los une, y establece criterios que permiten construir la decisión al respecto, a fin de fomentar una relación sana y cercana entre el niño y su progenitor. Para tales efectos, se indican: a) la edad del hijo, b) la vinculación afectiva, c) el régimen de cuidado personal vigente y d) cualquier otro elemento de relevancia en consideración al interés superior del hijo, exigiéndose al juez que el régimen que decreta asegure la mayor participación y corresponsabilidad de los padres en la vida del hijo.

Décimo: Que, de este modo, el interés superior de la niña debe construirse a partir de sus especiales circunstancias, debiendo atender a su edad 7 años a la fecha, el hecho de ser hija de filiación no matrimonial determinada respecto de ambos padres; la circunstancia de haberse acreditado que la relación directa y regular con su padre se encuentra suspendida desde el 3 de agosto de 2020; y que los informes de profesionales expertos dan cuenta que no existen indicadores que pongan en riesgo a la menor.

Undécimo: Que, de este modo, aparece evidente que la judicatura del fondo no incurrió en infracción alguna a lo dispuesto en el artículo 7° de la Ley N° 21.430, pues se falló en aras al interés superior de la niña, el que fue considerado debidamente, puesto que se atendió a elementos concretos del contexto actual en que se desenvuelve su vida, en especial, que no ha tenido contacto con su padre durante los dos últimos años anteriores a la dictación de la sentencia, por lo que surge como requisito necesario que la relación directa y regular se desarrolle en forma progresiva y supervisada.

Duodécimo: Que, de este modo, se ha resguardado el derecho a mantener una relación directa y regular con aquel progenitor no custodio a la luz del interés superior de la niña, pues se ha equilibrado su seguridad y lo positivo de contar con una imagen paterna a través de un régimen progresivo por etapas.

Decimotercero: Que, de este modo, sólo cabe concluir que los tribunales del fondo no cometieron infracción a las normas jurídicas denunciadas, razón por la cual, el recurso de casación en el fondo intentado debe ser desestimado.

Por estas consideraciones y lo prevenido en los artículos 764, 765, 767, 772, 783 y 784 del Código de Procedimiento Civil, se rechaza el recurso de casación en el fondo

interpuesto contra de la sentencia de treinta de marzo de dos mil veintitrés, dictada por la Corte de Apelaciones de Valparaíso.

Regístrese y devuélvase.

Pronunciado por la Cuarta Sala de la Corte Suprema integrada por los Ministros (as) Andrea María Muñoz S., María Gajardo H., Diego Gonzalo Simpértigue L. y los Abogados (as) Integrantes Leonor Etcheberry C., Carolina Andrea Coppo D.

19. Corte Suprema, 24 de julio de 2023, rol N° 23.965-2023

Autorización de salida del país. Satisfacción de las necesidades del alimentario. Régimen comunicacional por vías telemáticas. Ganancia cultural. Interés superior del niño. (Derecho de familia)

Santiago, veinticuatro de julio de dos mil veintitrés.

Vistos:

En estos autos RIT C 9659 2021, caratulados "K. con Q. ", seguidos ante el Primer Juzgado de Familia de Santiago, por sentencia de once de octubre de dos mil veintidós, se acogió la demanda interpuesta por doña Cecilia M. T. K. en contra de don Gonzalo P. Q. A. y se autorizó a los niños de iniciales V.P.Q.K y J.A.Q.K a salir del país, con destino a Málaga, España, en compañía de la demandante por el plazo de dos años desde que el fallo quede ejecutoriado y fijó relación directa y regular con el demandado mediante contacto diario telemático por video conferencia, zoom o análogos en entre las 18:00 y 20:00 horas en la semana y en fines de semana, entre las 11:00 y 13:00 horas, mismo contacto sin excepciones para el día del padre, cumpleaños del padre y de los hijos, de la abuela paterna, fiestas patrias los días 17, 18 y 19 de septiembre, navidad y año nuevo. Además, dispuso que los niños pasarán con su padre la navidad y el año nuevo del año siguiente a aquel en que hayan salido de Chile con ocasión de la sentencia, compatibilizado según la calendarización española de clases, veintiún días de vacaciones en Chile, traslados que deben ser costeados por la demandante. Y, se rechazó la demanda reconventional de cuidado personal.

El demandado recurrió de casación en la forma y de apelación, y una sala de la Corte de Apelaciones de Santiago, con fecha veinticinco de enero de dos mil veintitrés, previo rechazó de la casación formal, la confirmó.

En contra de la confirmación del fallo, la misma parte dedujo recuso de casación en el fondo que pasa a analizarse.

Se ordenó traer los autos en relación.

Considerando:

Primero: Que el recurrente denuncia la infracción del artículo 32 de la Ley N° 19.968, en relación con los artículos 16 de la misma ley y 3° de la Ley N° 21.430, porque al acoger la demanda la sentencia se centra en los beneficios económicos para la madre solicitante y su actual cónyuge, siendo la ventaja para los niños algo residual. Sostiene que al autorizar la salida del país de los niños no se pondera que se van a separar de la familia paterna y que el colegio al que asisten tiene un sistema de educación Montessori, que no se garantiza continué en España. Alega que la sentencia no analiza cada uno de los medios de prueba y no pondera el informe psicológico elaborado por la Sra. Gómez. Denuncia, además, conculcados los artículos 224, 229 y 236 del Código Civil en relación con el artículo 16 de la Ley N° 19.968, artículos 8, 9 y 10 de la Convención Sobre los Derechos del Niño, Niña y Adolescente en relación con artículo 1° de la Ley N° 21.430 y artículo 49 de la Ley N° 16.618, porque el régimen

comunicacional regulado no los respeta , ya que permitir que viajen dos años fuera del país atenta contra el vínculo paternal; asimismo, sostiene, que el niño más pequeño no fue oído y es un procedimiento en que se requiere escuchar su opinión.

Por lo anterior solicita acoger la casación, invalidar la sentencia impugnada y dictar la de reemplazo que rechace la solicitud de salida del país.

Segundo: Que, para una adecuada solución del asunto propuesto por el recurso, debe señalarse que la judicatura del fondo tuvo por acreditados los siguientes hechos:

1. Las partes son progenitores de dos hijos nacidos el 09 de agosto de 2011 y 26 de febrero de 2016. La madre tiene nacionalidad española.
2. Contrajeron matrimonio el año 2007 y se divorciaron en febrero de 2021.
3. Desde el 2012 y hasta fines del 2017, los niños estuvieron al cuidado de sus padres y al separarse, por falta de medios económicos, quedaron al cuidado de la abuela paterna.
4. Desde el 2020 y hasta la fecha de dictación de la sentencia de primera instancia, los niños se encuentran bajo el cuidado personal exclusivo materno y con régimen comunicacional con el padre, el cual se cumple normalmente.
5. La pensión alimenticia fue regulada en autos RIT M 1442 2020 del Segundo Juzgado de Familia de Santiago. Con fecha 13 de octubre de 2020 se aumentó a \$169.865 equivalente al 53% de un ingreso mínimo remuneracional por acuerdo entre las partes, que fue aceptado por la madre debido a que el padre se encontraba trabajando hace un mes en forma estable.
6. El padre mantiene contrato de trabajo indefinido de don Gonzalo Q. A., desde septiembre de 2020, con Rossignol S.A., como bodeguero, \$450.000 de sueldo base.
7. El arancel del colegio al que asisten los alumnos Q. K. para el año 2022 asciende a \$4.320.000 (pagadero en 12 cuotas de \$360.000). Gozan ambos de 80% beca por ser la madre exfuncionaria del colegio, la que disminuye año a año.
8. Los aportes extraordinarios que hace el padre son menores y en caso alguno permiten la satisfacción integral de todas las necesidades y gastos de sus hijos.
9. La remuneración contenida en la oferta laboral para la demandante, en moneda chilena, cuadruplica sus ingresos actuales, llegando a \$4.500.000, más pago del arriendo y dos sueldos adicionales. La oferta se extiende al marido llegando entre los dos a ingresos por \$7 millones, escenario que en Chile es imposible dada su profesión y oficio, y la jornada laboral sería de cuatro horas menos que en Chile. Además, el empleador se obliga a ayudar con la inserción de los niños en España en colegios públicos. En términos de vivienda, incluso si se va a la opción más cara quedaría en mejores condiciones que en Chile porque podría arrendar un lugar amoblado.
10. La actora no ha entorpecido el cumplimiento del régimen de relación directa y regular y en las condiciones propuestas no se avizoran obstáculos a un contacto continuo entre el padre y los hijos como se ha venido dando hasta la fecha; y la oferta del empleador incluye aporte para financiar viajes a Chile, sin perjuicio del contacto diario por medios tecnológicos.
11. Sólo el mayor de los hermanos declaró en audiencia reservada. El menor no quiso hacerlo.

Sobre la base fáctica antes señalada, considerando que los niños han vivido siempre con la madre y que tienen derecho a desarrollarse al interior de una familia constituida por ella, quien cuenta en España con oferta de trabajo, vivienda y educación para los niños, unido a la ganancia cultural variada que supone vivir en dicho país, se acogió la demanda y se fijó un régimen comunicacional por vías electrónicas.

Tercero: Que los hechos reseñados en el motivo segundo deben permanecer inalterables, a menos que se acuse y denuncie de manera eficiente el quebrantamiento de disposiciones que integran el sistema valorativo de la sana crítica y se explique, de manera eficiente, la forma cómo se conculcaron los principios de la lógica, las máximas de la experiencia o los conocimientos científicamente afianzados. En la especie se acusó la infracción del artículo 32 de la Ley N°19.968, acusando una errónea valoración de la prueba que desatendió el mérito de la causa. Sin embargo, de la lectura del recurso se advierte que aquello no acontece, pues se limita a criticar la ponderación de la prueba, proceso intelectual privativo de la judicatura de instancia, aludiendo a un presupuesto fáctico que no fue preterido, pues quedó acreditado como tal.

Cuarto: Que en relación a la infracción de lo dispuesto en el artículo 49 de la Ley N° 16.618, entre las diversas prerrogativas que por ley le asisten a los padres para con sus hijos, está la de autorizar o negar la salida del país, que está regulada en los artículos 49 y 49 bis de la citada ley, que se encuentra íntimamente vinculada al derecho deber de los progenitores de mantener con sus hijos una relación directa y regular; que, conjuntamente con los derechos deberes de los padres de cuidar al hijo, corregirlo y preocuparse de su crianza, y los deberes de los hijos para con sus padres, dan contenido a la autoridad paterna que descansa en la declaración de principio referida en el artículo 222 del Código Civil, que, al efecto, señala que: "La preocupación fundamental de los padres es el interés superior del hijo, para lo cual procurarán su mayor realización material y espiritual posible, y lo guiarán en el ejercicio de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana de modo conforme a la evolución de sus facultades", norma que se encuentra en plena armonía con la Declaración de los Derechos del Niño, proclamada por la Organización Internacional de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1959, pues dispone que: "El interés superior del niño debe ser el principio rector de quienes tienen la responsabilidad de su educación y orientación; dicha responsabilidad incumbe en primer término a los padres" (principio 8°, inciso 2°).

Quinto: Que, por su parte, en los juicios sobre materias de familia, el interés superior del niño, niña o adolescente constituye un principio fundamental para adoptar cualquier decisión que afecte su vida. Dicho principio, aunque difícil de conceptualizar, alude al pleno respeto de los derechos esenciales de aquellos y su finalidad cubre el desarrollo de sus potenciales y la satisfacción de sus necesidades en los diferentes aspectos de su vida.

Sexto: Que, para conseguir ese objetivo, atendida la pluralidad de sus fines, es necesario tener en cuenta los derechos y deberes de los padres. De este modo, los artículos 3.2 y 9.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño señalan que los Estados parte deben

velar porque el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos; y obliga a que mantenga relaciones personales y contacto directo con ambos padres de manera regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño.

Séptimo: Que, por consiguiente, corresponde a la judicatura conjugar convenientemente esas disposiciones internacionales ratificadas por Chile y la normativa interna, a fin de lograr un equilibrio entre el derecho deber de la madre, quien tiene a su cargo el cuidado personal del niño y el derecho deber de ésta y su padre de mantener un régimen comunicacional que les permita conservar su vínculo filial. En la especie, dicha colisión deberá ser resuelta bajo el prisma del interés superior de los niños, que tendrá como norte lo dispuesto en el artículo 49 de la Ley N° 16.618 en lo que se refiere al beneficio que le pudiere reportar su salida del país, postura que es la asumida sobre la materia, según dan cuenta las sentencias dictadas en las causas números de rol N° 2.844 2017, 41.014 2019, 24.587 2020 y 35.520 21, entre otras.

Octavo: Que, en ese contexto, y tal como fue referido por la sentencia impugnada, el interés superior de los niños, conforme a sus necesidades materiales, afectivas, educativas, emocionales y psicológicas, se resguarda al privilegiar el vínculo de apego con la madre, con quien han vivido toda su vida, y el traslado a España les permitirá obtener una ganancia cultural variada; sin que impida el desarrollo de su relación con el padre, dado que la sentencia fijó un régimen comunicacional por vías tecnológicas y determinó que durante las vacaciones de verano los niños viajarán a Chile y pasarán con su padre veintiún días, cuyo costo será asumido por la madre.

Noveno: Que, en consecuencia, desestimada la infracción denunciada, y apareciendo que la decisión impugnada fue adoptada en plena armonía con la normativa y principios atinentes a la materia de que se trata, justificando la autorización concedida a la madre para viajar junto a sus hijos por dos años, en el interés superior de ellos, unido a la circunstancia que se reguló un régimen comunicacional con su padre, considerando lo dispuesto en el artículo 229 del Código Civil, que la madre deberá cumplir a cabalidad, consistente en: contacto permanente y frecuente mediante vías tecnológicas, sean llamadas o video llamadas, cualquiera sea el medio aplicado; viaje de los niños a Chile en vacaciones de verano, en que estarán con su padre, veintiún días, cuyo costo será de cargo de la madre; por lo que se debe concluir que el recurso deducido debe ser necesariamente desestimado.

Por estas consideraciones y visto, además, lo dispuesto en los artículos 764, 765, 767 y 783 del Código de Procedimiento Civil, se rechaza, sin costas, el recurso de casación en el fondo deducido por el demandado contra la sentencia de veinticinco de enero de dos mil veintitrés, pronunciado por la Corte de Apelaciones de Santiago.

Regístrese, notifíquese y comuníquese.

Pronunciado por la Cuarta Sala de la Corte Suprema integrada por los Ministros señoras Gloria Ana Chevesich R., Andrea Muñoz S., María Cristina Gajardo H., señor Diego

Simpertigue L., y ministro suplente señor Mario Gómez M. No firma el ministro suplente señor Gómez, no obstante haber concurrido a la vista y al acuerdo de la causa, por haber terminado su periodo de suplencia. Santiago, veinticuatro de julio de dos mil veintitrés.

20. Corte Suprema, 28 de julio de 2023, rol N° 18.051 -2023.

Declaración de susceptibilidad de adopción. Suficiencia probatoria para configurar la causal de inhabilidad del artículo 12 N° 1 de la Ley N° 19.620. Deber de resolver conforme al interés superior del niño. Procedencia de declarar la susceptibilidad de adopción. Existencia de error de derecho que influyó sustancialmente en lo resolutivo del fallo. (Derecho de familia) (Hay disidencia)

Santiago, veintiocho de julio de dos mil veintitrés.

Vistos:

En causa RIT A 2 2020 seguida ante el Juzgado de Familia de Osorno, por sentencia dictada el catorce de noviembre de dos mil veintidós, se acogió la solicitud de declaración de susceptibilidad de adopción de la niña de iniciales M.S.F.M.

Se alzó la madre oponente y una sala de la Corte de Apelaciones de Valdivia, por sentencia de veintitrés de enero de dos mil veintitrés, la revocó y, en su lugar, rechazó la solicitud.

En contra de dicho pronunciamiento, la curadora ad litem de la niña y el Servicio Nacional de Protección especializada a la Niñez y Adolescencia dedujeron recursos de casación en el fondo solicitando se lo invalide y se dicte una de reemplazo que confirme la de primera instancia.

Se trajeron los autos en relación.

Considerando:

Primero: Que ambos recurrentes denuncian la infracción del artículo 32 de la Ley N° 19.968, porque la sentencia impugnada, pese a establecer que existen falencias en las habilidades parentales de la madre, sostiene que las ha mejorado paulatinamente, fundándose en dos informes rendidos en una causa diversa y respecto a hijos que no viven con ella. De este modo, sostienen, se infringe el principio de la razón suficiente porque el mejoramiento de las habilidades no fue acreditado en juicio y no es posible establecerlo con dos informes que no son pericias. Además, indican que dicha conclusión vulnera los conocimientos científicamente afianzados, ya que la evaluación pericial evacuada por el Centro de Diagnóstico Ambulatorio Ciudad del Niño de Osorno da cuenta que no se visualizan modificaciones significativas en cuanto a sus competencias parentales que puedan garantizar un entorno familiar seguro y protector para la niña, transcribiendo parte de los informes incorporados en la causa que arriban a dicha conclusión.

Denuncian, además, conculcados el artículo 16 de la Ley N° 19.968, los artículos 3°, 5°, 9° y 12 de la Convención sobre Derechos del Niño, Niña y/o Adolescente, el artículo 1° Ley N° 19.620, 1° de la Ley N° 21.430 y artículo 5° de la Constitución Política de la República, porque no fue considerada la opinión de la niña, quien a través de su curadora ad litem sostuvo que no desea vincularse con su familia de origen, mismo argumento que esgrimen para sostener que se vulneró lo dispuesto en el artículo 1° de la Ley N° 21.430.

Finalmente, alegan que los hechos acreditados configuran la causal de inhabilidad del artículo 12 N° 1 de la Ley N° 19.620 en relación al artículo 266 del Código Civil y artículo 42 N° 6 y N°

7 de la Ley de Menores, por lo que solicitan se acojan sus recursos de casación en el fondo, se invalide la sentencia impugnada y se dicte la correspondiente de reemplazo que confirme la de primera instancia.

Segundo: Que la judicatura del fondo estableció los siguientes hechos:

1. La niña de iniciales M.S.F.M. nació el 30 de marzo de 2016, es hija de don Eligio S. F. T. y doña Patricia V. M. C.

2. El 7 de abril de 2017 se inició la causa proteccional RIT P 322 2017 por ser espectadora de episodios de violencia intrafamiliar entre sus padres; se dictó sentencia el 16 de mayo del mismo año que mantuvo su cuidado personal a cargo de sus progenitores bajo la supervisión y seguimiento del jardín infantil. Por resolución de 21 de enero de 2019, dictada en causa RIT P 59 19, se decretó la medida cautelar de derivación a Cenin tras develar un presunto abuso sexual por un tío materno, proceso al que fue acompañada por una educadora del hogar y egresó el 24 de marzo de 2021; con fecha 13 de junio de 2019 se ordenó su ingreso a Residencia Dame Tu mano y el 25 de octubre de 2019, por resolución dictada en causa RIT X 40 2019, fue ingresada a "Programa de Familia FAE PRO El Quillay".

3. La madre fue derivada en causa RIT X 40 19 a un Programa de Salud Mental perteneciente a Cefam Rahue Alto, no se presentó a la consulta psicológica; luego mantuvo atenciones con la psicóloga de forma intermitente sin retomar los controles médicos desde el año 2019. No adhirió al proceso de intervención familiar en "Residencia Dame tu Mano" y centró sus esfuerzos en no perder el cuidado personal de otro de sus hijos. Sus competencias parentales, con relación a la niña de marras, son crónicas con escasa permeabilidad y no se proyecta avance en las mismas.

4. El padre no se presentó a la evaluación psicológica.

5. Doña Elsa M. C., tía materna, no cuenta con condiciones para garantizar la protección de la niña.

6. La abuela paterna no tiene vinculación con la niña.

7. La madre tiene tres hijos más, uno de iniciales C.D.R.M, nacido el 5 de febrero de 2001, otro de iniciales J.P.B.M, nacido el 18 de noviembre de 2006 y una de iniciales A.S.F.M.

8. La madre y su grupo familiar registran ingresos al PPF Trafwe en causas RIT X 205 2020 y RIT X 422 2020. En la primera, el hijo adolescente ingresó el 30 de agosto de 2020 por la posibilidad de haber sido expuesto a situaciones de violencia intrafamiliar, y negligencia en el cumplimiento del rol parental. El adolescente presenta un diagnóstico de discapacidad intelectual leve, lo que dificultó en un inicio de la intervención el óptimo desarrollo de las sesiones; desde el año 2021 el adolescente comenzó un tratamiento psiquiátrico en COSAM, observando mejoras significativas y durante el año 2020, fue víctima de intento de abuso sexual por un amigo de la familia. La segunda causa se inició en favor de la niña por las situaciones conocidas en las causas proteccionales de sus hermanos.

9. Las habilidades parentales de la madre han mejorado paulatinamente en relación con los cuidados de sus otros hijos; ha logrado mantener un espacio para su crianza y se alejó del padre de la niña cuya susceptibilidad de adopción es la de autos.

Sobre la base de tales hechos, la sentencia impugnada razonó que aparece conveniente para el interés superior de la niña, buscar la revinculación paulatina con su familia biológica y no declararla susceptible de adopción, resguardando de esta forma su derecho a la identidad y a vivir con su madre, reconocido en los artículos 8.1 y 9.1 de la Convención de Derechos del Niño, Niña y Adolescente.

Tercero: Que la declaración judicial en cuanto a que un niño sea susceptible de ser adoptado por la causal de que se trata, conforme a la remisión que hace la ley al artículo 226 del Código Civil, se vincula al artículo 42 de la ley N° 16.618, que dispone: "Para efectos del artículo 226 del Código Civil, se entenderá que uno o ambos padres se encuentran en el caso de inhabilidad física o moral..1º) Cuando estuvieren incapacitados mentalmente; 2º) Cuando padecieren de alcoholismo crónico 3º) Cuando no velaren por la crianza, cuidado personal o educación del hijo, 4º) Cuando consintieren que el hijo se entregue en la vía o en lugares públicos a la vagancia o a la mendicidad, ya sea en forma franca o a pretexto de profesión u oficio; 5) Cuando hubieren sido condenados por secuestro o abandono de menores; 6º) Cuando maltrataren o dieran malos ejemplos al menor o cuando la permanencia de éste en el hogar constituyere un peligro para su moralidad, y 7º) Cuando cualesquiera otra causas coloquen al menor en peligro moral o material".

Cuarto: Que es un hecho de la causa que la madre no adhirió a los programas de salud mental a que fue derivada, que se constataron falencias en sus habilidades de cuidado en relación a su hija a quien no acompañó en su proceso de reparación del daño producto de un presunto abuso sexual por parte de un tío paterno, delegando ese rol en el programa al que asistía su hija, lo que configura la causal de inhabilidad del artículo 12 N° 1 de la Ley N° 19.620, por lo que resulta del todo procedente la declaración de susceptibilidad de adopción como se solicita por parte del Servicio de Mejor Niñez y del curador ad litem.

Quinto: Que, por otro lado, en estas materias debe considerarse, como principio rector de interpretación y de decisión, el del interés superior del niño, concepto que aunque jurídicamente indeterminado y de contornos imprecisos, aparece delimitado por las circunstancias de cada caso en particular, y en la especie, por aquello que resulte ser lo más aconsejable para asegurar la protección de sus derechos fundamentales y posibilitar la satisfacción de todas los requerimientos de una vida normal orientados al equilibrado y sano desarrollo de su personalidad en un ambiente de afecto, de contención y de formación integral. Dicho principio, sin embargo, ha sido preterido en beneficio de la progenitora, al no analizarse la solicitud de que se trata desde la perspectiva de lo que aconseja dicho interés en la búsqueda de la situación que garantice su crecimiento, educación y bienestar.

Sexto: Que, en el caso sub lite, la decisión de la sentencia impugnada sobre la procedencia de la acción impetrada, a la luz del motivo que se ha invocado para la declaración

que se pretende, contraría la correcta interpretación y alcance que corresponde asignar al mencionado artículo 12 N° 1 de la ley N° 19.290, puesto que acudiendo a informes de causas distintas, respecto a otros hijos por lo que sí se movilizó la madre para mantener su cuidado, ha soslayado la entidad de los hechos y circunstancias que han rodeado la vida de la niña y que constituyen, en último término, el fundamento de la petición relativa a la susceptibilidad, para procederse a su posterior adopción.

Séptimo: Que, de lo que se viene de decir, fuerza es concluir que la judicatura, al decidir como lo hizo, incurrió en el yerro denunciado lo que influyó sustancialmente en lo resolutivo del fallo, desde que rechazó la solicitud de declarar a la niña como susceptible de ser adoptada, petición que, de acuerdo con los antecedentes allegados a la causa, era del todo procedente.

Por estas consideraciones y visto, además, lo dispuesto en los artículos 764, 765, 766, 767, 768, 783 y 785 del Código de Procedimiento Civil, se acogen, sin costas, los recursos de casación en el fondo deducidos por el Servicio de menor Niñez y el Programa Mi Abogado, contra la sentencia de veintitrés de enero de dos mil veintitrés, la que se invalida y reemplaza por la que se dicta a continuación, separadamente y sin nueva vista.

Acordada con el voto en contra de las ministras Sras. Chevesich y Muñoz, quienes fueron de opinión de rechazar los recursos de casación por las siguientes consideraciones:

1° Que, de acuerdo a lo dispuesto en 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 pueden ser proporcionados por su familia de origen; razón por la que se puede concluir que los principios fundamentales que la informan son los de "subsidiariedad" y de "prioridad de la familia biológica". Así, en todo caso, se encuentra establecido de manera expresa en 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, en opinión de las disidentes, la sentencia impugnada respeta los referidos principios que informan la institución de la adopción, porque la prueba rendida permite concluir que respecto de los padres no se realizó, en forma previa, un trabajo de intervención de largo plazo para reeducar y potenciar sus capacidades parentales, esfuerzo institucional que no se llevó a cabo desde que no fueron adscritos al o los programas que, cumpliendo con aquel estándar, permitieran alcanzar esa finalidad, sin que conste en el proceso que recibieran apoyo eficaz de los organismos gubernamentales o de instituciones privadas para superar sus

carencias materiales y reencausar su conducta, requerimientos básicos para que pudieran asumir la tarea de velar por su hija.

Al respecto, las disidentes tienen presente que la oferta del área de protección del SENAME, vigente a la época de inicio de la causa, contiene una Línea de Programas Ambulatorios, de modalidades de protección general como preventiva y reparatoria especializada, siendo, en su opinión, de interés, dadas las peculiaridades del caso, los denominados Programa de Prevención Focalizada (PPF) cuyo objetivo es fortalecer las competencias de cuidado y crianza de familias y/o adultos significativos de los niños, niñas, adolescentes, de manera de restituirle a éstos los derechos vulnerados, asociados a mediana complejidad, tales como negligencia moderada, testigo de violencia intrafamiliar no constitutiva de delito, maltrato físico y/o psicológico moderado, evitando su cronificación; Programa de Intervención Integral Especializada (PIE 24 Horas), cuya finalidad es contribuir a la interrupción y resignificación de situaciones de vulneración de derechos y/o prácticas transgresoras de niños, niñas y adolescentes provenientes preferentemente del PSI 24 Horas; Programa de Intervención Integral Especializada (PIE), que pretende contribuir a la reparación del daño ocasionado a niños, niñas y adolescentes víctimas de negligencia grave, abandono y explotación, favoreciendo la integración familiar y social, logrando como resultado la interrupción de sintomatología y/o de conductas que transgreden derechos de otras personas; y Programa de Intervención Breve (PIB), cuya finalidad es resolver las vulneraciones de derecho asociadas a situaciones de mediana complejidad que afectan a niños, niñas y adolescentes de un territorio determinado, previniendo su cronificación.

En definitiva, las instituciones a los que fueron derivados los progenitores abordan aspectos relativos a la salud mental, por lo tanto, los programas aplicados se enfocaron en ese ámbito, en los que la madre oponente tuvo escasa o nula adherencia, más no en aquellos propios de una causa de susceptibilidad de adopción, como es el de fortalecer sus habilidades parentales, según consta de las causas proteccionales de sus hijos menores.

3° Que, en consecuencia, se advierte que para descartar a la familia de origen no se desarrollaron programas asistenciales de apoyo y de orientación reales y efectivos que, una vez concluidos, habrían permitido determinar si efectivamente estaban o no en condiciones de procurar a la niña los cuidados tendientes a satisfacer sus necesidades espirituales y materiales.

Regístrese.

Pronunciado por la Cuarta Sala de la Corte Suprema integrada por los Ministros señoras Gloria Ana Chevesich R., Andrea Muñoz S., María Cristina Gajardo H., y los abogados integrantes señor Eduardo Morales R., y señora Leonor Etcheberry C.

21. Corte Suprema, 4 de agosto de 2023, rol N° 115.592 -2023.

Cuidado personal. Alimentos. Relación directa y regular. Habilidades parentales. Hechos establecidos por los jueces del fondo son inamovibles. Crítica a la ponderación de la prueba. No denuncia el quebrantamiento o desatención de concreta regla de la sana crítica.

Santiago, cuatro de agosto de dos mil veintitrés.

Vistos y teniendo presente:

Primero: Que, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 782 del Código de Procedimiento Civil, se ha ordenado dar cuenta del recurso de casación en el fondo deducido por la parte demandante reconvencional contra la sentencia dictada por la Corte de Apelaciones de Puerto Montt, que confirmó la de primera instancia que desestimó la demanda de cuidado personal, reguló los alimentos a favor de los niños y un régimen de relación directa y regular con el padre.

Segundo: Que el recurrente denuncia infracción al art. 225 2 del Código Civil, fundado en que, en virtud del informe socioeconómico, se acreditan las condiciones de habitabilidad de Manuel A., siendo él quien detenta mejores condiciones para cuidar a los niños en contraposición a la situación socioeconómica de la progenitora. Refiere que la pericia socioeconómica incorporada en el proceso da cuenta de los ingresos económicos y características de la vivienda del progenitor de los niños de autos, y además de eso, se encarga de realizar un encuadre de la dinámica familiar entre los progenitores, manifestando la perito que el demandante reconvencional es víctima de su ex cónyuge, quien ha ejercido violencia vicaria en contra de Manuel.

Concluye que, partiendo de la base que ambos progenitores están en igualdad de condiciones para solicitar el cuidado personal de sus hijos, aplicando las máximas de la experiencia y la primacía de la realidad, en lugar de discriminar arbitrariamente al padre, se debería llegar a la conclusión de que es el progenitor quien en el caso sublite tiene mejores aptitudes para detentar el cuidado personal. Acusa que no se valoró el informe de la OPF, las declaraciones de los testigos, ni la denuncia por violencia intrafamiliar del demandante reconvencional en contra de la actora. Cita además infracción a los artículo 32 de la Ley 19.968, 7, 10 de la 21.430, 9 de la Convención de los Derechos del Niño, expresa que se han vulnerado las normas de la sana crítica y el principio de primacía de la realidad.

Solicita que se acoja el recurso de casación, se invalide la sentencia recurrida y se dicte una de reemplazo que describe.

Tercero: Que la sentencia impugnada dio por establecidos los siguientes hechos:

1. La principal figura de apego de ambos niños es la progenitora, manifestando los niños temor respecto de la separación de la figura materna y las visitas a la casa del padre.
2. El demandante reconvencional es un padre dedicado con sus hijos, que mientras está con sus hijos en su días libres se dedica sólo a ellos, que su vida gira en torno a sus hijos.

3. Ambos padres tienen habilidades parentales adecuadas para con sus hijos, no tienen problemas de impulsividad o psicológicos que les impidan ejercer su parentalidad.

4. En cuanto al entorno habitacional, ambos tienen uno adecuado que satisfacen las necesidades particulares de sus hijos.

5. El padre trabaja en una faena minera con régimen de diez por diez días, siendo la madre la que todos los días satisface las necesidades de los niños.

Sobre la base de estos presupuestos fácticos concluye la judicatura de fondo que "...la madre a la fecha no ha presentado mayores inconvenientes en el desarrollo de los niños y de la relación que estos mantienen con su progenitor, toda vez que los argumentos vertidos por esta última parte en orden a un supuesto impedimento de la madre en dicha relación, o el hecho de no contar la madre con habilidades parentales adecuadas no logran correlato fáctico con los antecedentes probatorios acompañados en estos autos por las partes a dichos efectos." Agrega que "...lo anterior se ve reflejado en los informes acompañados a estos autos, conjuntamente con las declaraciones de los testigos rendidas en la etapa procesal pertinente y lo indicado por los niños en la audiencia reservada llevada a cabo a dichos efectos, estimándose por estos sentenciadores que la madre es quién logra asegurar, de mejor modo, el bienestar de los niños en el desarrollo progresivo de los mismo y con ello, con el interés superior de aquellos."

Cuarto: Que, como esta Corte ha señalado reiteradamente, la determinación de los hechos corresponde a una facultad que se ejerce exclusivamente en las instancias del fondo, sin que sea dable su revisión en esta sede, a menos que se denuncie y acredite el quebrantamiento de disposiciones que integran el sistema valorativo de la sana crítica.

En la especie, si bien se acusa infracción al artículo 32 de la ley N°19.968, relacionada con la prueba de los hechos en que se funda la demanda, lo cierto es que el recurrente no desarrolla con precisión el modo en que se produjeron las vulneraciones. Por lo tanto, la crítica se concentra en la ponderación de la prueba efectuada, de cuyo resultado disiente, pero al no haber acreditado la infracción de las reglas que componen el sistema de la sana crítica, no es posible alterar el marco fáctico de la decisión por medio de este mecanismo extraordinario y de derecho estricto.

Quinto: Que, en consecuencia, sobre la base de los hechos establecidos de manera inamovible en el fallo impugnado, debe concluirse que la decisión es producto de una correcta aplicación de las normas sustantivas que regulan la materia de que se trata, pues se acogió la demanda al acreditarse que ambos padres presentaban similares condiciones para asumir el cuidado personal de sus hijos, no obstante lo cual, atendido la mayor cercanía y seguridad que sienten los niños con su madre, se le otorgó a ésta su cuidado personal.

Sexto: Que, en consecuencia, apareciendo que la sentencia recurrida da cuenta de un correcto ejercicio de subsunción de los hechos a las normas que regulan la materia de que se trata; el arbitrio debe ser desestimado, en esta etapa de tramitación, por adolecer de manifiesta falta de fundamento.

Por estas consideraciones y lo prevenido en los artículos 764, 765, 767, 772, 783 y 784 del Código de Procedimiento Civil, se rechaza el recurso de casación en el fondo deducido en contra de la sentencia de ocho de mayo de dos mil veintitrés.

Regístrese, notifíquese y comuníquese.

Pronunciado por la Cuarta Sala de la Corte Suprema integrada por los Ministros (as) Andrea Maria Muñoz S., Maria Gajardo H., Ministro Suplente Juan Manuel Muñoz P. y los Abogados (as) Integrantes Gonzalo Enrique Ruz L., Eduardo Valentín Morales R. Santiago, cuatro de agosto de dos mil veintitrés.

22. Corte Suprema, 9 de agosto de 2023, rol N° 26.150 -2023.

Relación directa y regular. Concepto de interés superior del niño. Desarrollo conceptual de principio del interés superior del niño. Interés superior del niño como criterio de control y como criterio de solución. Interés superior de la niña y sus especiales circunstancias.

Santiago, nueve de agosto de dos mil veintitrés.

Vistos:

En estos autos RIT C 3329 2019, del Segundo Juzgado de Familia de San Miguel, sobre relación directa y regular, se acogió la demanda que don Roberto A. G. interpuso en contra de doña Verónica Andrea P. Z. y dispuso que podrá comunicarse con su hija una vez por semana, todos los días domingo, mediante video llamadas, a las 18 horas hora de Santiago de Chile (GMT 3:00), al número telefónico asociado a la demandada en la audiencia de juicio oral de fecha 18 de octubre de 2022, por el lapso de una hora.

Apeló la demandada y una sala de la Corte de Apelaciones de San Miguel, por sentencia de veinticuatro de enero de dos mil veintitrés, la confirmó.

En contra de esta sentencia, la misma parte dedujo recurso de casación en el fondo, en el que solicita su invalidación y se dicte la de reemplazo que indica.

Se trajeron los autos en relación.

Considerando:

Primero: Que la recurrente denuncia infringido el artículo 32 de la Ley N° 19.968, en relación con el artículo 229 letras b) y d) del Código Civil, porque la sentencia impugnada omite que el informe evacuado por el Centro de Diagnóstico Ambulatorio Llequén Valparaíso Casa Blanca en diciembre de 2018, sugiere que la niña y la madre ingresen a un programa de prevención focalizada y que el progenitor sea evaluado psicológicamente en lo relativo a si sus creencias pueden afectar el desarrollo emocional de su hija, siendo necesario analizar cómo inciden en materia de salud, sexualidad, educación y límites corporales, "En consecuencia, estima procedente establecer un régimen comunicacional supervisado y progresivo, debido a que no ha habido contacto entre padre e hija durante un largo período de tiempo, al alero del programa PPF, y que no incluya pernoctación, por la edad de la niña, la dependencia con la madre y la falta de contacto con el padre", por lo que contradice el principio de la razón suficiente al insistir en un régimen de relación directa y regular.

Además, sostiene que se infringió el artículo 32 de la Ley N° 19.968 al restarle valor a las denuncias que dan cuenta de hechos constitutivos de atentados a la sexualidad de la hija común, así como al informe de la Oficina de Protección de Derechos de Lo Espejo que consigna los motivos de su regreso a Chile y aquella rendida en causa RIT P 831 2021, consistente en un informe de la Oficina de Protección de Derechos El Tabo, de 8 de noviembre de 2021, que concluye que la niña ha sido vulnerada en la esfera de su sexualidad y como víctima testigo de violencia intrafamiliar entre sus progenitores y que consigna que las profesionales escucharon el audio en que el padre normaliza caricias y besos en las partes íntimas de la niña.

Agrega que omitir los informes evacuados contradice los conocimientos científicamente afianzados, pues son elaborados por profesionales que los evacuaron dentro del dominio de su competencia.

Refiere que se incumple la obligación de fundamentar la sentencia al restar peso probatorio a informes periciales, sólo porque, a juicio del sentenciador, se fundan en los dichos de la madre, sin entregar otro tipo de argumentos, como, por ejemplo, que el instrumento en sí utilizado para periciar a la madre no era el correcto, sino que únicamente aludiendo a una percepción personal que tuvo del mismo, no permite soslayar la falta de fundamentos que su fallo contiene y además abre o da paso a una falta de racionalidad en su juicio.

Añade que se conculca lo dispuesto en el artículo 9° de la Convención Sobre los Derechos del Niño, Niña y/o Adolescente, en relación con el artículo 7° de la Ley N° 21.430, porque no se ha resguardado su interés superior al privilegiar su derecho a la identidad por sobre su protección, en especial considerando que la niña no conoce a su padre y pese a ello no establece una revinculación, lo que, además, infringe las máximas de la experiencia que recomiendan la necesidad de trabajar una vinculación progresiva y con acompañamiento profesional entre aquel padre o madre que no tiene el cuidado personal de un hijo, y el niño que no ha mantenido contacto con este y, sobre todo, no lo conoce.

Por lo anterior solicita se lo acoja, se invalide la sentencia impugnada y se dicte la correspondiente de reemplazo que revoque la de primera instancia y rechace la demanda.

Segundo: Que en la sentencia se establecieron los siguientes hechos:

1. Las partes son progenitores de una niña que nació el 6 de junio de 2017. El demandante es mexicano y la madre es chilena.
2. Al inicio de la tramitación de la causa el padre se encontraba en Chile en forma transitoria y a la fecha de dictación de la sentencia había retornado a su país.
3. Las partes vivieron en México junto a la niña hasta cerca de sus 2 años de edad, época en que la demandada y la niña retornaron a Chile y desde entonces el demandante no tiene contacto con su hija.
4. El demandante cuenta con las competencias suficientes para fijar una relación directa y regular con su hija.
5. La madre no acreditó la existencia de hechos vulneratorios de la indemnidad sexual de la niña ni la inconveniencia de fijar una relación directa y regular con su padre, a quien no ve hace cuatro años y no lo conoce.

Sobre la base de tales antecedentes, tras acreditar el vínculo de parentesco entre el demandante y la niña, su interés superior, así como la inexistencia de circunstancias que recomienden no establecer una relación directa y regular, resolvió hacer lugar a la demanda y fijar una por vía telemática a las 18 horas, hora de Santiago de Chile (GMT 3:00), al número telefónico asociado a la demandada, por el lapso de una hora.

Tercero: Que, como esta Corte ha señalado reiteradamente, la determinación de los hechos corresponde a una facultad que se ejerce exclusivamente en las instancias del fondo,

sin que sea dable su revisión en esta sede, a menos que se denuncie y acredite el quebrantamiento de disposiciones que integran el sistema valorativo de la sana crítica. En la especie, se acusa infracción al artículo 32 de la Ley N° 19.968, que prescribe que la prueba debe apreciarse conforme a las reglas de la sana crítica, un concepto que está compuesto de tres elementos: la lógica, conformada por "reglas universales establecidas y permanentes en el tiempo propias de la razón humana y que conducen a una conclusión o, en lo fundamental, a la emisión de un juicio", cuyos principios son, los siguientes: de identidad (una cosa solo puede ser igual a sí misma), de contradicción (una cosa no puede ser explicada por dos proposiciones contrarias entre sí), de razón suficiente (las cosas existen y son conocidas por una causa capaz de justificar su existencia), y de tercero excluido (si una cosa únicamente puede ser explicada dentro de una de dos proposiciones alternativas, su causa no puede residir en una tercera proposición ajena a las dos precedentes), sin agotar con ello, en todo caso, los parámetros lógicos que deben guiar la construcción epistémica probatoria. En segundo lugar, por las máximas de experiencia, entendiendo por tales, según la doctrina, "definiciones o juicios hipotéticos de contenido general, desligados de los hechos concretos que se juzgan en el proceso, procedentes de la experiencia, pero independientes de los procesos particulares de cuya observación se han inducido y que, por encima de esos casos, pretenden tener validez para otros nuevos" (STEIN, Friedrich; El conocimiento privado del juez, Editorial Temis, Bogotá, 2ª edición, 1999, p. 27). Y por último, por los conocimientos científicamente afianzados, que son los saberes proporcionados por las ciencias y las técnicas (artes y oficios reputados), que surgen luego de operaciones metódicas estandarizadas, cuyos resultados son verificables y susceptibles de refutación.

Luego, para que prospere un recurso de casación en el fondo que se basa en la incorrecta aplicación de la citada disposición, que autorizaría alterar los hechos asentados en la sentencia que se impugna, es menester que se indique cuál de los elementos que componen el referido sistema de valoración de la prueba fue infringido; causal 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 indica el artículo 32 de la Ley N° 19.968. Sin embargo, de la lectura del recurso se aprecia que no se da cumplimiento a lo señalado ya que se limita a denunciar que se infringió la citada norma al restar valor a las denuncias previas de la madre y que al desconocer el valor de informes incorporados en otras causas, se infringieron los conocimientos científicamente afianzados, sin desarrollar cómo se vulneró, pues se omite en el recurso que la sentencia impugnada razona que tales informes no encuentran corroboración en otros medios de prueba rendida en juicio, lo que les resta valor probatorio, por lo que, en definitiva, lo que se impugna es el proceso de valoración, de cuyo resultado disiente, pero al no haber acreditado de manera eficiente la vulneración a las reglas que componen el sistema de la sana crítica, no es posible alterar el marco fáctico de la decisión por

medio de este mecanismo extraordinario y de derecho estricto, como es el recurso de casación en el fondo.

Cuarto: Que, tal como esta Corte ha señalado (Roles N° 32.128 -2015, N° 38044 -17 y N° 91.796 -21, entre otros), el concepto de "interés superior del niño" puede situarse como un hito dentro del avance progresivo global del reconocimiento jurídico a la protección general a los Derechos Humanos, focalizados, en la especie, de manera concreta, al ámbito del individuo en proceso de desarrollo hacia la adultez, el que toma un giro de especial relevancia en el mundo jurídico y político al reemplazar la clásica fórmula de protección utilizada por el derecho de la modernidad que opera mediante la sistematización de catálogos de prohibiciones por una de carácter programático, que fomenta y promociona a nivel de Estados, la adopción de acciones positivas directas por la vía de cambios legislativos.

En otras palabras, como plantea la doctrina, "el estado de la cuestión de los derechos del niño, de este modo, transita, desde las definiciones normativas negativas, en cuanto prohíben los actos dañosos, a las exigencias positivas, impuestas directamente a los Estados para asegurar el bienestar integral del niño, contexto que justifica la introducción de este concepto jurídico de su interés, que sitúa al niño en una doble posición: en cuanto sujeto específico de derechos, y objeto de su protección" (González, Nuria y Rodríguez, Sonia, "El interés superior del menor en el marco de la adopción y el tráfico internacional", UNAM, México, 2011, p.75).

Quinto: Que, asimismo, esta Corte ha sostenido que el proceso de reconocimiento de los derechos de la infancia por declaraciones internacionales tiene su colofón con la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño de 1989. Pues, en efecto, se afirma que dicho instrumento no sólo produjo un quiebre en la lógica de la protección por la vía de los catálogos de prohibiciones, que asumieron las legislaciones internas al introducir obligaciones de carácter internacional, que vinculan directamente a los Estados para adoptar actitudes positivas de protección, mediante el mandato de otorgar tutela efectiva a las exigencias contenidas en el sistema protector de la infancia, sino que, además, trajo una profunda innovación; pues, a diferencia de los instrumentos anteriores, que más o menos se limitaban a reafirmar los derechos que se reconocían, la Convención de 1989 se encargó de especificarlos, constituyéndose dicho instrumento como una fuente de derechos propia, que vinculada con la protección de los Derechos Humanos, reclama fuerza normativa autónoma e independiente, proyectándose, además, una nueva concepción del interés superior del niño, que superando su estatuto de mera declaración de intenciones, se convierte en norma vinculante, en criterio y principio, aplicable de manera concreta (Cillero, Miguel, "El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, en Revista "Justicia y Derechos del Niño", N° 1, Unicef/ Ministerio de Justicia, Santiago, 1999,). El artículo 3° párrafo 1 de instrumento internacional en referencia, señala que: "En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño".

Como se observa, la utilización expresa del concepto del interés superior del niño implica un reconocimiento del consenso universal sobre los derechos del niño, consagrando los mecanismos de protección de la infancia, en cuanto una extensión precisa y concreta de aquellos relativos al resguardo general de los Derechos Humanos.

La fórmula del interés superior del niño, adquiere así, un nuevo significado en la Convención, pues, por un lado, es elevado al carácter de norma fundamental y se le otorga un rol jurídico que se proyecta a todo el aparataje estatal, en cuanto precepto "rector guía" de sus actuaciones, y por otro, y al mismo tiempo, se constituye como una exigencia de comportamiento global en el contexto internacional, planteando así, un mínimo ético universal que los actores sociales deben asumir. Sin embargo, como previene Miguel Cillero, tal composición, no la hace una idea vaga. Si bien, el interés superior del niño, por su generalidad conceptual, puede adolecer de cierta ambigüedad, la propia Convención lo coloca en un contexto normativo claro, propio y específico, y dentro de la lógica del sistema conformado por la demás normativa internacional, regulación que le otorga una concepción jurídica precisa que reduce "razonablemente la indeterminación" y que es "congruente con la finalidad de otorgar la más amplia tutela efectiva a los derechos del niño, en un marco de seguridad jurídica" (ob. Cit., p. 45).

Sexto: Que, del mismo modo, ha señalado, que la legislación interna recoge de manera expresa este desarrollo conceptual en variadas normas, por ejemplo, y en lo pertinente al arbitrio en análisis, en el artículo 16 de la Ley N° 19.968, que consagra el principio del interés superior del niño, que por su reconocimiento convencional en instrumentos sobre Derechos Humanos, goza del estándar que le concede el inciso segundo del artículo 5° de la Constitución Política de la República, siendo deber del Estado, por tanto, su promoción y respeto.

Dicho texto señala que el interés superior del niño, niña o adolescente, es un principio rector que el juez de familia debe tener siempre como consideración principal en la resolución de la controversia específica, lo que significa que su aplicación debe ser concreta a la situación juzgada, en caso contrario, se infringe la norma.

En este mismo sentido, el inciso primero del artículo 222 del Código Civil dispone que "La preocupación fundamental de los padres es el interés superior del hijo, para lo cual procurarán su mayor realización espiritual y material posible, y lo guiarán en el ejercicio de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana de modo conforme a la evolución de sus facultades".

Séptimo: Que, conforme los contornos doctrinales referidos a la noción de interés superior del niño, su contenido debe ser aplicado en el caso concreto como doble herramienta: por un lado, como criterio de control, en el sentido de que el ejercicio de los derechos y obligaciones correlativas respecto de los niños, sea correctamente efectuado; y, como criterio de solución, en cuanto a cómo la noción misma del interés del niño debe dirigir la decisión en este caso jurisdiccional hacia la buena solución, que será aquella que coincida con su interés, concreta y sistemáticamente apreciado.

Lo anterior exige evaluar todos los elementos del interés del niño de que se trata, en cuanto consideración primordial y basal de la decisión que se adopte.

Octavo: Que, para ejecutar dicha labor, deben tenerse en cuenta los criterios legislativos existentes relativos al marco del derecho de la relación directa y regular, como los hechos que se tuvieron por establecidos en la causa, referidos en la motivación segunda de este fallo.

Al respecto, cabe señalar que lo primero corresponde a un "derecho deber", pues se entiende que en el contexto del derecho de familia se despliegan obligaciones recíprocas que se constituyen al mismo tiempo como privilegios y exigencias, que, en este caso, les corresponden tanto al hijo o hija como al padre o madre que carece de su cuidado personal, a fin de relacionarse con él o ella. Es un derecho deber que desde la perspectiva del ejercicio de la coparentalidad le corresponde al padre/madre, y a la vez es un derecho del niño, en cuanto concreción de su interés superior de disfrutar de sus relaciones de familia.

En efecto, el artículo 229 del Código Civil señala que la relación directa y regular tiene por objeto propender a la mantención periódica y estable del vínculo familiar entre el hijo o hija y su padre o madre que no ejerce su cuidado personal, cuyo fundamento es el vínculo de filiación que los une, y establece criterios que permiten construir la decisión al respecto, a fin de fomentar una relación sana y cercana entre el niño y su progenitor. Para tales efectos, se indican: a) la edad del hijo o hija, b) la vinculación afectiva, c) el régimen de cuidado personal vigente y d) cualquier otro elemento de relevancia en consideración al interés superior del hijo o hija, exigiéndose al juez que el régimen que decreta asegure la mayor participación y corresponsabilidad de los padres en sus vidas.

Noveno: Que, de este modo, el interés superior de la niña, en el caso que nos ocupa, debe construirse a partir de sus especiales circunstancias, debiendo atender a su edad 6 años a la fecha; el hecho de ser hija de ambas partes litigantes; la circunstancia de haberse acreditado que la relación directa y regular con su padre se encuentra suspendida desde hace cuatro años; y que los informes de profesionales expertos dan cuenta que no existen indicadores que pongan en riesgo a la niña.

Décimo: Que, de este modo, aparece evidente que la judicatura del fondo no incurrió en infracción alguna a lo dispuesto en el artículo 7° de la Ley N° 21.430, pues se falló en aras al interés superior de la niña, el que fue considerado debidamente, puesto que se atendió a elementos concretos del contexto actual en que se desenvuelve su vida, en especial, que no ha tenido contacto con su padre que vive en el extranjero durante los cuatro últimos años anteriores a la dictación de la sentencia, por lo que fijó un régimen telemático de solo una hora, una vez a la semana.

Undécimo: Que, así se ha resguardado el derecho a mantener una relación directa y regular con aquel progenitor no custodio a la luz del interés superior de la niña, pues se ha equilibrado lo positivo de contar con una imagen paterna y la distancia física entre ambos.

Duodécimo: Que, en consecuencia, sólo cabe concluir que los tribunales del fondo no cometieron infracción a las normas jurídicas denunciadas, razón por la cual, el recurso de casación en el fondo intentado debe ser desestimado.

Por estas consideraciones y lo prevenido en los artículos 764, 765 y 767 del Código de Procedimiento Civil, se rechaza el recurso de casación en el fondo interpuesto contra de la sentencia de veinticuatro de enero de dos mil veintitrés, dictada por la Corte de Apelaciones de San Miguel.

Regístrese y devuélvase.

Pronunciado por la Cuarta Sala de la Corte Suprema integrada por los Ministros señoras Gloria Ana Chevesich R., Andrea Muñoz S., María Cristina Gajardo H., María Soledad Melo L., y la abogada integrante señora Leonor Etcheberry C.

No firma la Ministra señora Gajardo, no obstante haber concurrido a la vista y al acuerdo de la causa, por estar con permiso.

23. Corte Suprema, 14 de agosto de 2023, rol N° 19.677-2023

Derecho a defensa jurídica. Relación directa y regular. Derecho al debido procedimiento. Tener por no presentada demanda. Demanda firmada en conjunto a madre.

Santiago, catorce de agosto de dos mil veintitrés.

Vistos:

En autos RIT C-10251-21, caratulados “Viviana con Gustavo”, sobre demanda de relación directa y regular, por resolución de dos de diciembre de dos mil veintiuno, se tuvo por no presentada la demanda de la adolescente Pamela interpuesta contra don Gustavo y doña Teresa, padres del niño Fabian. Apeló la demandante y una sala de la Corte de Apelaciones de Santiago, por sentencia de dieciséis de enero de dos mil veintitrés, la confirmó.

En contra de dicho fallo, la misma parte dedujo recurso de casación en el fondo, solicitando se lo acoja y se lo invalide y se dicte el de reemplazo conforme a la ley.

Se ordenó traer los autos en relación.

Considerando:

Primero: Que en el recurso de casación se denuncia la infracción del artículo 32 de la Ley N° 19.968, porque la resolución impugnada, que tuvo por no presentada la demanda, es arbitraria al no respetar las reglas de la sana crítica.

Alega que, de este modo, además, se vulnera lo dispuesto en los artículos 16 de la Ley N° 19.968, 28 de la Ley N° 21.430 y 1447 del Código Civil, al omitir escuchar a la adolescente, restringir su derecho a la autonomía progresiva y su capacidad como menor adulta para realizar ciertos actos.

Argumenta que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1447 del Código Civil, la incapacidad de los menores adultos no es absoluta y sus actos pueden tener valor en ciertas circunstancias y bajo ciertos respectos determinados por las leyes. Relacionado con aquello cita lo dispuesto en la Observación General N° 12 del Comité de los Derechos del Niño, en relación al interés superior de la infancia y adolescencia como norma de procedimiento, de lo que se desprende la posibilidad de demandar una relación directa y regular con su hermano. Agrega que la adolescente pudo firmar la demanda con su clave única, que se entrega desde los 14 años, lo que demuestra que puede comparecer al procedimiento.

Finalmente, argumenta que lo observado por el tribunal, en cuanto le ordena demandar debidamente representada por su representante legal, se satisface con la firma de la madre en el libelo pretensor.

Por lo anterior solicita se lo acoja, se la invalide y se dicte la correspondiente de reemplazo que revoque la resolución apelada y ordene tramitar la demanda.

Segundo: Que en el sistema de tramitación consta, en lo que interesa, lo siguiente:

1.- Con fecha 29 de noviembre de 2021, la adolescente Pamela, compareciendo junto a su madre, interpuso una demanda de relación directa y regular con su hermano por línea paterna.

2.- Por resolución de 2 de diciembre de 2021, el tribunal tuvo por no presentada la demanda *“Atendido el mérito de lo dispuesto en el artículo 5 de la Ley 20.866 en relación a las actas 37 y 71 de la Excelentísima Corte Suprema, siendo de cargo del abogado (usuario o parte) realizar el ingreso correcto de las demandas y de todos los antecedentes al sistema computacional a través de la Oficina Judicial Virtual (OJV) para la correcta tramitación de la causa, considerando que la demandante es menor de edad e interpone ella la demanda siendo que debe ejercer la acción su representante legal lo que puede inducir a error en la tramitación del tribunal”*.

3.- Dicha resolución fue confirmada el 16 de enero pasado.

Tercero: Que, el artículo 5° de la Ley N° 20.866, establece la obligación de ingresar las demandas y todos los escritos a través del sistema de tramitación electrónica del Poder Judicial, para cuyos efectos los abogados o habilitados en derecho se registrarán en los términos que se regulen en el auto acordado que la Corte Suprema dicte al efecto.

La resolución impugnada cita dos Auto Acordados de la Corte Suprema, sin indicar a cuál de sus artículos hace referencia. Sin embargo, relacionado con la Ley N° 20.866, el N° 37-2016, refundido por el N° 85-2019, en su artículo 3° regula el ingreso de presentaciones electrónicas, estableciendo que debe hacerse a través de una Oficina Judicial Virtual, mediante el uso de la Clave Única del Estado.

El segundo Auto Acordado establece normas de funcionamiento de los tribunales que tramitan de forma electrónica, reiterando en su artículo 39 que el ingreso de demandas, escritos y documentos debe realizarse a través de la Oficina Judicial Virtual.

Cuarto: Que consta del expediente virtual que la presentación de la demanda de relación directa y regular se ingresó de la forma en que la normativa antes citada lo ordena. De este modo, la resolución impugnada cuestiona que la demandante sea una adolescente de quince años a la época de la demanda, que atendida su minoría de edad se encontraba impedida de accionar y debía hacerlo por ella su representante legal. Sin embargo, consta de dicho escrito que en su suma se le individualiza con el nombre completo y RUN, para luego indicar iguales datos de su progenitora. En la tercera línea del primer párrafo de su escrito, indica que comparece junto a su madre y representante legal, que también suscribe la demanda. En el tercer otrosí, en que confiere patrocinio y poder a su abogado, se lee que concurren los comparecientes (adolescente, madre de la adolescente y abogado) mediante firma electrónica simple desde sus respectivas oficinas judiciales virtuales.

De este modo, la omisión cuestionada por la sentencia impugnada no es tal, toda vez que la adolescente presentó la demanda autorizada por su madre, quien firmó el escrito de la forma que la legislación lo ordena, esto es, a través de su firma electrónica simple e ingresando el escrito a través de la Oficina Judicial Virtual.

Quinto: Sin perjuicio de lo anterior, el inciso primero del artículo 11 de la Ley N° 21.430 *“Todo niño, niña y adolescente, de conformidad al Sistema de Garantías y Protección Integral de los Derechos de la Niñez y Adolescencia, podrá ejercer sus derechos en consonancia con la evolución de sus facultades, atendiendo a su edad, madurez y grado de desarrollo que manifieste, salvo que la ley*

limite este ejercicio, tratándose de derechos fundamentales”, y en su artículo 50, inciso primero, prescribe que “Todo niño, niña y adolescente tiene derecho a que en todos los procedimientos administrativos y judiciales se le respeten las garantías de un proceso racional y justo, y se le aseguren, entre otros, el derecho de tutela judicial; el derecho a ser oído; el derecho a ser informado del procedimiento aplicable y de los derechos que le corresponden en el proceso; el derecho a una representación jurídica y/o judicial distinta de la de sus padres y/o madres, representantes legales, o de quienes los tengan legalmente bajo sus cuidado, en caso de intereses incompatibles; el derecho a una representación judicial especializada para la defensa de sus derechos; el derecho a presentar pruebas idóneas e independientes; el derecho a recurrir; así como los derechos y garantías que le confieren la Constitución Política de la República, los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Chile que se encuentren vigentes y las leyes”, de modo que una atenta lectura de ambas normas permite concluir que el deber reforzado de protección de la infancia y adolescencia exige respetar el acceso a la justicia, considerando en cada caso la naturaleza de la acción ejercida y la edad de la persona menor de edad.

Sexto: Que, tal como lo ha sostenido la Corte Interamericana en Caso Furlán y familiares Vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2012. Serie C No. 246, párrafo 230, *“los niños y niñas desarrollan una autonomía progresiva a medida que desarrollan un mayor nivel de autonomía personal. En consecuencia, el aplicador del derecho, sea en el ámbito administrativo o en el judicial, deberá tomar en consideración las condiciones específicas del menor de edad y su interés superior para acordar la participación de éste, según corresponda, en la determinación de sus derechos.*

En esta ponderación se procurará el mayor acceso del menor de edad, en la medida de lo posible, al examen de su propio caso de este modo”.

En tal sentido, considerando que la adolescente tenía quince años al momento de demandar, que la acción ejercida busca regular una relación directa y regular con su hermano de simple conjunción por línea paterna, de cuatro años a la fecha de la demanda, el respeto a su autonomía progresiva y a un debido proceso, le permitían, en este caso, ejercer la acción personalmente sin necesidad de que lo hiciera por intermedio de su representante legal.

Por estas consideraciones y normas legales citadas, se acoge el recurso de casación en el fondo deducido por el abogado Carlos Pereira Lawrence en representación de la recurrente Pamela, en contra de la sentencia dictada el dieciséis de enero de dos mil veintitrés por la Corte de Apelaciones de Santiago, la cual se anula y se reemplaza por la que se dicta a continuación, sin nueva vista.

Regístrese. Rol N° 19.677-23

Pronunciado por la Cuarta Sala de la Corte Suprema integrada por los Ministros señora Andrea Muñoz S., señor Mario Carroza E., señora María Cristina Gajardo H., y los abogados integrantes señora Carolina Coppo D., y señor Ricardo Abuaud D. No firma el Ministro señor

Carroza, no obstante haber concurrido a la vista y al acuerdo de la causa, por estar con permiso. Santiago, catorce de agosto de dos mil veintitrés.

Sentencia de Reemplazo

Santiago, catorce de agosto de dos mil veintitrés.

Dando cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 785 del Código de Procedimiento Civil, se procede a dictar la siguiente sentencia de reemplazo que sigue.

Vistos:

De la sentencia de casación que antecede se reproducen los fundamentos cuarto a sexto.

Y se tiene además presente:

Que, atendido el mérito de los antecedentes, de los que consta que la adolescente ingresó la demanda en la Oficina Judicial Virtual, firmando en conjunto con su madre, y, visto, además lo dispuesto en el artículo 67 de la Ley N° 19.967, se revoca la resolución apelada de dos de diciembre de dos mil veintiuno por el 4° Juzgado de Familia de Santiago, en autos RIT C- 10251-2021 que tuvo por no presentada la demanda, y en su lugar se decide que se debe dar tramitación a la demanda como en derecho corresponda.

Regístrese y devuélvase. Rol N° 19.677-23

Pronunciado por la Cuarta Sala de la Corte Suprema integrada por los Ministros señora Andrea Muñoz S., señor Mario Carroza E., señora María Cristina Gajardo H., y los abogados integrantes señora Carolina Coppo D., y señor Ricardo Abuaud D. No firma el Ministro señor Carroza, no obstante haber concurrido a la vista y al acuerdo de la causa, por estar con permiso. Santiago, catorce de agosto de dos mil veintitrés.

24. Corte Suprema, 22 de agosto de 2023, rol N° 68.917-2023.

Medidas de protección. Medidas cautelares. Centro de Medidas Cautelares de Santiago. Relación directa y regular. Principio de oficialidad. Derecho a ser oído. Interés superior del niño, niña y adolescente. Audiencia preparatoria. Prohibición de acercamiento a la víctima. Rechazo sin ordenar comparecencia de las partes y de la niña involucrada. (Derecho de familia)

Santiago, veintidós de agosto de dos mil veintitrés.

Vistos:

En estos autos RIT P 15195 2022, sobre medida de protección caratulados "A. C. ", seguidos ante el Centro de Medidas Cautelares de Santiago, por sentencia de veintiuno de diciembre de dos mil veintidós se rechazó aplicar una medida de protección en favor de la niña de iniciales T.C.A.C.

Apeló la madre requirente y una sala de la Corte de Apelaciones de Santiago, con fecha veintisiete de marzo del año en curso, la confirmó.

En contra de dicha decisión la misma parte dedujo recurso de casación en el fondo denunciando la infracción de una serie de normas que influyeron sustancialmente en lo dispositivo del fallo, por lo que solicita se lo invalide y se dicte el de reemplazo que indica.

Se ordenó traer los autos en relación.

Considerando:

Primero: Que, la recurrente denuncia infringidos los artículos 16 de la Ley N° 19.968, 7° de la Ley N° 21.430, 39 de la Convención sobre los Derechos del Niño, Niña y/o Adolescente, 8° N° 7 de la Ley N° 19.968 y 30 de la Ley N° 16.618, porque la sentencia impugnada rechazó de plano la medida de protección solicitada en favor de la niña de cuatro años de edad, pese a que se puso en conocimiento del tribunal de familia hechos que atentan contra sus derechos que requieren la adopción de medidas tendientes a restablecer sus derechos.

Por lo anterior solicita se lo acoja, se invalide la sentencia impugnada y se dicte la correspondiente de reemplazo que ordene continuar la tramitación de la causa.

Segundo: Que, de los antecedentes agregados a la causa se constata lo siguiente:

1. Con fecha 8 de diciembre del año 2022, se recepcionó en el Centro de Medidas Cautelares de Santiago el parte denuncia N° 246 de la 52ª. Comisaría de Rinconada de Maipú, que da cuenta que el padre de la niña de iniciales T.C.A.C., en el contexto del ejercicio de la relación directa y regular con su hija, tomó conocimiento que el abuelo materno presuntamente habría jugado con ella haciéndole cosquillas en el ano y la vagina, por lo que concurrió a constatar lesiones, sin evidenciarse alguna compatible con agresiones sexuales. El personal de la Comisaría tomó contacto con el fiscal de turno, quien instruyó las primeras diligencias, entre ellas, poner los hechos en conocimiento del Tribunal de Familia de turno, que decretó las cautelares de prohibición de acercamiento del agresor por 90 días y rondas periódicas.

2. Con fecha 20 de diciembre se acumuló la causa RIT P 15288 22, del mismo tribunal, en que la madre denuncia hechos similares indicando que el presunto agresor es el padre de la niña.

3. Por resolución de 21 de diciembre pasado el Centro de Medidas Cautelares, teniendo presente lo dispuesto en el artículo 54.1 de la Ley N° 19.968, decidió rechazar de plano la medida de protección solicitada atendido que no se denunciaron hechos constitutivos de vulneración de derechos que justifiquen la intervención del tribunal, indicando que los conflictos en el desarrollo de la relación directa y regular deben discutirse en sede contenciosa.

4. Se alzó la madre requirente y el 27 de marzo pasado la Corte de Apelaciones de Santiago confirmó la resolución de primera instancia.

Tercero: Que el artículo 16 de la Ley N° 19.968 establece: "Interés superior del niño, niña o adolescente y derecho a ser oído. Esta ley tiene por objetivo garantizar a todos los niños, niñas y adolescentes que se encuentren en el territorio nacional, el ejercicio y goce pleno y efectivo de sus derechos y garantías.

El interés superior del niño, niña o adolescente, y su derecho a ser oído, son principios rectores que el juez de familia debe tener siempre como consideración principal en la resolución del asunto sometido a su conocimiento.

Para los efectos de esta ley, se considera niño o niña a todo ser humano que no ha cumplido los catorce años y, adolescente, desde los catorce años hasta que cumpla los dieciocho años de edad".

El artículo 70 inciso segundo de la citada ley, prescribe: "El requerimiento de medida de protección presentado por alguna de las personas señaladas en el inciso anterior no necesitará cumplir formalidad alguna, bastando con la sola petición de protección para dar por iniciado el procedimiento".

El artículo 72 de la ley que crea los Tribunales de Familia, ordena: "Audiencia preparatoria. Iniciado el procedimiento, el juez fijará una audiencia para dentro de los cinco días siguientes, a la que citará al niño, niña o adolescente, a sus padres, a las personas a cuyo cuidado esté, y a todos quienes puedan aportar antecedentes para una acertada resolución del asunto.

Durante la audiencia, el juez informará a las partes acerca del motivo de su comparecencia, sus derechos y deberes, y responderá a las dudas e inquietudes que les surjan. Los niños, niñas o adolescentes serán informados en un lenguaje que les resulte comprensible.

El juez indagará sobre la situación que ha motivado el inicio del proceso, la forma en que afecta al niño, niña o adolescente y sobre la identidad de las personas que se encuentren involucradas en la afectación de sus derechos.

Los citados expondrán lo que consideren conveniente y, una vez oídos, el juez, si contare con todos los elementos probatorios dictará sentencia, a menos que estime procedente la aplicación de la medida contenida en el numeral 2) del artículo 30 de la ley N° 16.618, caso en el cual citará a audiencia de juicio".

Por último, el artículo 19.1 de la Convención Internacional de los Derechos del Niño, consagra la obligación de "todos los Estados partes de adoptar todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier persona que lo tenga bajo su cuidado".

Cuarto: Que del análisis de la normativa aplicable a la materia, en especial la de carácter procesal contenida en los artículos 68 y siguientes de la Ley N° 19.968, se desprende que el inicio de una causa por medida de protección, puede ser de oficio o mediante requerimiento, incluso de terceros; la presentación no necesita cumplir con determinadas formalidades, tampoco precisar qué medida se solicita aplicar en definitiva. Enseguida, el tribunal debe fijar una audiencia preparatoria dentro de los cinco días siguientes a la petición, que será la primera resolución que se dicte para dar curso a la presentación, a la que deberán asistir el niño, niña o adolescente cuyos derechos se denuncien amenazados o vulnerados, sus progenitores o quienes ejerzan su cuidado, y todo aquel que pueda aportar antecedentes para una acertada resolución del asunto, oportunidad en que las partes expondrán lo que estimen pertinente, sin perjuicio de ordenarse la práctica de aquellas diligencias que se juzguen necesarias.

En relación con este último aspecto y de acuerdo al artículo 13 de la Ley N° 19.968, uno de los principios que informa a esta clase de procedimientos, es el de la oficialidad, de forma que no cabe declarar su abandono y, en el evento que las partes no comparezcan a la audiencia programada, se deberá continuar su prosecución hasta la dictación de la sentencia definitiva que acoja o rechace la medida de protección demandada, una vez reunidos los antecedentes indispensables para emitir pronunciamiento.

Sólo de esta forma se logrará indagar la veracidad de la situación que motivó el inicio del procedimiento, cómo afectó al sujeto de protección y la identidad de los involucrados, previa rendición de la prueba atinente que se ofrezca en esa oportunidad o en la de audiencia de juicio que le suceda, aunque siempre teniendo a la vista los elementos de juicio primordiales para alcanzar una decisión fundada que descarte o confirme la comisión de los hechos denunciados.

Quinto: Que, como se advierte, no se contempla en la normativa procesal que rige la sustanciación de los procedimientos por medidas de protección, una etapa previa a la de citación a la audiencia de preparación, relacionada con un control previo de la admisibilidad formal o sustancial del requerimiento, constatándose que en el caso que se analiza, el Centro de Medidas Cautelares de Santiago rechazó los intentados por los progenitores, sin ordenar la comparecencia de las partes y de la niña involucrada, y obviando la práctica de diligencias destinadas a indagar la efectividad de los hechos denunciados, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 72 de la Ley N° 19.968, que al ser imperativo, no admite una interpretación facultativa, decidiéndose el fondo del asunto que se analiza con el sólo tenor del parte policial, del requerimiento de la madre y que existen causas contenciosas entre las

partes, motivación que la judicatura de la instancia consideró suficiente para descartar de plano cualquier amenaza o vulneración de sus derechos; decisión que, en consecuencia, se apartó del marco legal descrito, lo que influyó sustancialmente en lo resolutivo del fallo.

Por estas consideraciones y normas citadas, se acoge el recurso de casación en el fondo en contra de la sentencia de veintisiete de marzo de dos mil veintitrés, pronunciada por la Corte de Apelaciones de Santiago.

Regístrese.

Pronunciado por la Cuarta Sala de la Corte Suprema por los Ministros señoras Andrea Muñoz S., María Cristina Gajardo H., señor Diego Simpértigue L., y los Abogados Integrantes señora Leonor Etcheberry C. y señor Ricardo Abuaud D. No firma el Ministro señor Simpértigue y el abogado integrante señor Abuaud, no obstante haber concurrido a la vista y al acuerdo de la causa, por estar en comisión de servicios el primero y por estar ausente el segundo. Santiago, veintidós de agosto de dos mil veintitrés.

25. Corte Suprema, 24 de agosto de 2023, rol N° 167.250-2023.

Rebaja de alimentos. Manifiesta falta de fundamento. Variación de circunstancias. Correcta aplicación del derecho. Nueva carga de familia.

Santiago, veinticuatro de agosto de dos mil veintitrés.

Vistos y teniendo presente:

Primero: Que, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 782 del Código de Procedimiento Civil, se ha ordenado dar cuenta del recurso de casación en el fondo deducido por la parte demandada contra la sentencia dictada por la Corte de Apelaciones de Rancagua, que confirmó la de primera instancia que acogió la demanda de rebaja de alimentos, con declaración que se regulan en la suma equivalente a 5 unidades tributarias mensuales.

Segundo: Que la recurrente reclama una indebida y errada aplicación de los artículos 233 y 329 del Código Civil, relacionado con el artículo 32 de la Ley N° 19.968, por cuanto no se acreditó que hayan cambiado las circunstancias tenidas en vista al momento de regular los alimentos, sino que, por el contrario, las facultades económicas del alimentante han mejorado. Además, denuncia infracción al artículo 50 de la Ley N° 21.430, relacionado con el artículo 19 de la Ley N° 19.968, fundado en que los intereses de los niños no estuvieron debidamente representados y que la judicatura de grado no veló por ello.

Refiere, además, que se vulneró el artículo 64 de la Ley N° 19.968, relacionado con el artículo 170 N° 4 del Código de Procedimiento Civil, por cuanto no se ponderó por la Corte la prueba rendida en segunda instancia.

De la misma forma, reprocha que la sentencia incurre en el vicio de ultrapetita, toda vez que la demanda carece de un petitorio claro que indique la cosa pedida, los hechos y puntos por los cuales se está pronunciando el tribunal.

Por último, denuncia transgresión a los artículos 2, 4 y 27 de la Convención de los Derechos del Niño, relacionado con el artículo 16 de la Ley N° 19.968, debido a que no se respetó el interés superior del niño al dictar la sentencia que acogió parcialmente la demanda. Solicita que se acoja el recurso de casación, se invalide la sentencia recurrida y se dicte una de reemplazo que describe.

Tercero: Que la sentencia impugnada dio por establecidos los siguientes hechos:

- 1.- Los alimentos vigentes se regularon en la causa Rit C-940-2019 del Juzgado de Familia de San Fernando, el 8 de junio de 2020, ascendiendo la pensión alimenticia para un hijo a la suma equivalente al 109,2% de un ingreso mínimo remuneracional (7,14227 unidades tributarias mensuales).
- 2.- El demandante tiene una nueva carga de familia, nacida el NUM000 de 2021.
- 3.- El alimentario, en la actualidad, no incurre en gastos de colegiatura, los que fueron considerados al regular la pensión vigente, toda vez que el colegio al que asiste el niño está adscrito a gratuidad.

4.- Las necesidades del niño no se pudieron cuantificar porque no se rindió prueba sobre ello.

5.- El demandante es funcionario público, con ingresos mensuales de \$1.423.143, y proporciona...por sus dos cargas de familia alimentos que, en la actualidad, exceden el 50% de sus ingresos.

7.- Se desconocen las facultades económicas de la demandada.

Sobre la base de estos antecedentes y, considerando la judicatura que cambiaron las circunstancias tenidas en vista al momento de regular la pensión vigente, también que las necesidades del niño, por su edad, conforme a las máximas de la experiencia, han ido en aumento y no habiendo acreditado la demandada que el actor posea una capacidad económica mayor, se accedió a la demanda parcialmente.

Cuarto: Que, como esta Corte ha señalado reiteradamente, la determinación de los hechos corresponde a una facultad que se ejerce exclusivamente en las instancias del fondo, sin que sea dable su revisión en esta sede, a menos que se denuncie y acredite el quebrantamiento de disposiciones que integran el sistema valorativo de la sana crítica.

En la especie, si bien se acusa infracción al artículo 32 de la ley N°19.968, relacionada con la prueba de los hechos en que se funda la demanda, lo cierto es que la recurrente no desarrolla con precisión el modo en que se produjeron las vulneraciones. Por lo tanto, la crítica se concentra en la ponderación de la prueba efectuada, de cuyo resultado disiente, pero al no haber acreditado la infracción de las reglas que componen el sistema de la sana crítica, no es posible alterar el marco fáctico de la decisión por medio de este mecanismo extraordinario y de derecho estricto.

Quinto: Que, en consecuencia, sobre la base de los hechos establecidos de manera inamovible en el fallo impugnado, debe concluirse que la decisión es producto de una correcta aplicación de las normas sustantivas que regulan la materia de que se trata, pues se acogió la demanda al acreditar el presupuesto fáctico que la hacía procedente, cual es, la variación de las circunstancias económicas tenidas en vista al momento de regular la pensión vigente, en especial que el alimentante actualmente debe solventar las necesidades de una nueva carga de familia, por lo que al pagar alimentos para dos hijos excedía, al satisfacer ambas obligaciones, el 50% de sus ingresos.

Sexto: Que, en consecuencia, apareciendo que la sentencia recurrida da cuenta de un correcto ejercicio de subsunción de los hechos a las normas que regulan la materia de que se trata; el arbitrio debe ser desestimado, en esta etapa de tramitación, por adolecer de manifiesta falta de fundamento.

Por estas consideraciones y lo prevenido en los artículos 764, 765, 767, 772, 783 y 784 del Código de Procedimiento Civil, se rechaza el recurso de casación en el fondo deducido en contra de la sentencia de diecinueve de junio de dos mil veintitrés.

Regístrese y devuélvase.

26. Corte Suprema, 7 de septiembre de 2023, rol N° 190.090-2023

Recurso de unificación de jurisprudencia. Materia de derecho que se procura unificar no es factible de contrastar. Admisibilidad del recurso. Cobro de prestaciones laborales. Tutela por vulneración de derechos fundamentales con ocasión del despido. Despido injustificado. Ultrapetita

Santiago, siete de septiembre de dos mil veintitrés.

Vistos y teniendo presente:

Primero: Que, de conformidad con lo dispuesto en el inciso 7° del artículo 483 A del Código del Trabajo, se ha ordenado dar cuenta de la admisibilidad del recurso de unificación de jurisprudencia deducido por la parte demandada contra la sentencia dictada por la Corte de Apelaciones de La Serena, que rechazó el recurso de nulidad que interpuso contra la de mérito que desestimó la denuncia de tutela de derechos fundamentales con ocasión del despido y acogió la demanda subsidiaria de despido injustificado, condenándola a las indemnizaciones y prestaciones que indica.

Segundo: Que según se expresa en la legislación laboral, el recurso de unificación de jurisprudencia es susceptible de ser deducido en contra de la resolución que falle el recurso de nulidad, estableciéndose su procedencia para el caso en que “respecto de la materia de derecho objeto del juicio existieren distintas interpretaciones sostenidas en uno o más fallos firmes emanados de tribunales superiores de justicia”, conforme lo explicita el artículo 483 del Código del Trabajo. Asimismo, del tenor de lo dispuesto en el artículo 483 A del cuerpo legal antes citado, aparece que esta Corte debe controlar, como requisitos para su admisibilidad, por un lado, su oportunidad; en segundo lugar, la existencia de fundamento, además de una relación precisa y circunstanciada de las distintas interpretaciones respecto de las materias de derecho objeto de la sentencia, sostenidas en diversos fallos emanados de los tribunales superiores de justicia, y finalmente, deben acompañarse copia del o los fallos que se invocan como fundamento del recurso en referencia.

Tercero: Que, conforme se expresa en el recurso interpuesto las materias de derecho objeto del juicio que se proponen para la unificación son las siguientes:

- 1.- Determinar el sentido y alcance del artículo 160 N° 7 del Código del Trabajo, en cuanto a determinar la gravedad de las obligaciones del contrato como causal de terminación.
- 2.- Determinar el alcance de la ultrapetita en materia laboral; y
- 3.- Determinar el sentido y alcance de las normas laborales en conflicto con otras disposiciones de rango legal, en particular, la ley N° 21.430.

Cuarto: Que respecto de las temáticas jurídicas propuestas, de la sola lectura de la sentencia impugnada y del intento unificador es posible concluir que las pretendidas materias de derecho cuya línea jurisprudencial se procura unificar, no son factibles de contrastar con otros dictámenes.

En efecto, respecto de la primera materia planteada, el modo en que la compareciente formula la tesis para su examen, reconduce el análisis necesariamente sobre un cuestión fáctica,

eminentemente casuística que, por lo mismo, no constituye un asunto jurídico habilitante de este arbitrio, puesto que imposibilita su comparación en lo estrictamente jurídico con otras sentencias.

Por su parte, la segunda y tercera temática tratan cuestiones de carácter procesal y sustantivo las que, en ningún caso, configuraron la materia de derecho sustantivo objeto del presente juicio.

Quinto: Que, en las condiciones expuestas y, en especial, dado el carácter especialísimo y excepcional que reviste el mecanismo de impugnación que se intenta, particularidad reconocida expresamente por el citado artículo 483 del estatuto laboral, al consagrar su procedencia bajo los supuestos estrictos que la disposición que le sigue consagra, se impone la inadmisibilidad del recurso de unificación de jurisprudencia.

Por estas consideraciones y visto, además, lo prevenido en los artículos 483 y 483-A del Código del Trabajo, se declara inadmisile el recurso de unificación de jurisprudencia interpuesto por la parte demandada, contra la sentencia de siete de julio de dos mil veintitrés, dictada por la Corte de Apelaciones de La Serena.

Regístrese y devuélvase.

27. Corte Suprema, 25 de septiembre de 2023, rol N° 136.856 -2022.

Divorcio por cese de convivencia y reconvencional de compensación económica. Cláusula de dureza. Concepto y requisitos de procedencia de la excepción contemplada en el art. 55 inc. 3° de la Ley de Matrimonio Civil

Santiago, veinticinco de septiembre de dos mil veintitrés.

Vistos:

En autos RIT C 581 2019, del Juzgado de Familia de Temuco, caratulados "P. con F. ", por sentencia de nueve de diciembre de dos mil veintiuno, se acogió la demanda de divorcio por cese de la convivencia interpuesta por don Christian A. P. V. en contra de doña Karina A. F. O.; se rechazó la reconvencional de divorcio por culpa; se hizo lugar a reconvencional de compensación económica y se fijó en la suma de \$30.000.000, pagaderos en una cuota dentro de los 30 días siguientes a que la sentencia se encuentre ejecutoriada y se hizo lugar a la de aumento de alimentos en favor de los hijos comunes, condenando al Sr. P. a pagar la suma mensual equivalente a 11,9 unidades tributarias mensuales, sus colegiaturas, el 50% (cincuenta por ciento) del copago de salud de los alimentarios entendiéndose por tales: consultas médicas, psicólogos, urgencia y cualquier otra prestación dentro del área de salud médica que requieran sus hijos, luego de ser reembolsado por la Isapre y compañía de seguros, suma que mensualmente no podrá exceder de \$ 50.000. (cincuenta mil pesos) por cada uno de los alimentarios.

La demandada principal y demandante reconvencional recurrió de casación en la forma y apelación y una sala de la Corte de Apelaciones de Temuco, por sentencia de tres de octubre del año dos mil veintidós, rechazó el recurso de casación en la forma y la confirmó.

En contra de dicho fallo, la misma parte dedujo recurso de casación en el fondo, solicitando se lo acoja, se invalide la sentencia impugnada y se dicte la correspondiente de reemplazo que acoja su excepción del artículo 55 inciso 3° de la Ley N° 19.947 y en consecuencia rechace la demanda de divorcio por cese de la convivencia y acoja la reconvencional de divorcio por culpa; que confirme la sentencia de primera instancia, con declaración de aumentar el monto de la compensación económica y de los alimentos.

Se ordenó traer los autos en relación.

Considerando:

Primero: Que la recurrente, en un primer capítulo, denuncia la infracción del artículo 55 inciso 3° de la Ley N° 19.947 en relación con el artículo 32 de la Ley N° 19.968. Sostiene si bien el tribunal tuvo por acreditado que conforme las liquidaciones de pensiones de 25 de octubre de 2017 y 29 de septiembre de 2019, el Sr. P. mantenía una deuda de alimentos, se rechazó la excepción por entender que las sumas devengadas por reajustes no forman parte de dicha obligación, lo que vulnera el principio de identidad. pues no puede existir una deuda y al mismo tiempo no, una máxima de la experiencia porque al declarar la cónyuge que él siempre pagó los

alimentos ignora que las partes no sabe que los reajustes forman parte de ellos, y el principio de la razón suficiente, al no explicar cómo llega a la conclusión de que los reajustes no forman parte de los alimentos.

En un segundo capítulo alega la infracción del artículo 54 inciso 1° de la Ley N° 19.947 y del artículo 32 de la Ley N° 19.968, porque se rechazó la demanda reconventional de divorcio por culpa al entender que las faltas imputables al cónyuge, que tuvieron lugar desde abril del año 2005, no habrían hecho intolerable la vida en común. Sostiene que aquello infringe el principio de la razón suficiente al omitir señalar por qué no hicieron intolerable la vida en común; además, una máxima de experiencia que consiste en que es común que antes de tomar la decisión de separarse, los cónyuges soporten por años aquellas conductas.

En un tercer capítulo sostiene que se infringieron los artículos 61 y 62 de la Ley N° 19.947 y el artículo 32 de la Ley N° 19.968, porque al fijar el monto de la compensación económica en \$30.000.000 respeta el principio de la razón suficiente que establece que el menoscabo es más que el daño previsional, de modo que al no haber establecido una base de cálculo objetiva, su quantum es prudencial.

En un cuarto capítulo alega la infracción de los artículos 160, 230 inciso primero y 329 del Código Civil, 25 de la Ley N° 21.430 y 18 N° 1 de la Convención Internacional de los Derechos del Niño, porque al fijar el monto de los alimentos menores, no se respetó el principio de proporcionalidad en la contribución de los progenitores, ya que estableció un aporte de la madre de un 34% y un 66% del padre; pese a haber fijado las necesidades de los alimentarios en \$1.853.955 y los ingresos de la demandante en \$750.000 y los del demandado en \$4.089.835, por lo que deben concurrir en porcentajes de 15,5% y 84,5% respectivamente

Por lo expuesto solicita hacer lugar al recurso y anular la sentencia recurrida dictando, acto continuo y sin nueva vista, pero separadamente, la de reemplazo que revoque la sentencia de primer grado en aquella parte que no hizo lugar a la excepción del artículo 55 inciso tercero de la Ley N° 19.947 y en su lugar, la acoja y, en consecuencia, rechace la demanda de divorcio unilateral por cese de la convivencia; la revoque en aquella parte que rechazó la demanda reconventional de divorcio por culpa y en su lugar la acoja; confirme la decisión de acoger la demanda de compensación económica con declaración de aumentar su monto a \$171.000.000 y la confirme en cuanto a hacer lugar a la demanda de alimentos, con declaración de elevar su monto a la suma de \$1.000.000 mensuales, equivalente a la fecha de aplicación de la Ley N° 21.389 a 18,699 unidades tributarias mensuales; más la cantidad equivalente al 100% de los copagos en materia de salud y la totalidad de los costos en materia de educación, con costas.

Segundo: Que la judicatura del fondo tuvo por acreditados los siguientes hechos:

1. Las partes contrajeron matrimonio el 16 de marzo de 2001 y cesaron la convivencia en diciembre de 2013.
2. De dicha unión nacieron dos hijos, una el 29 de mayo de 2002 y el otro el 17 de mayo de 2005, en cuyo favor acordaron alimentos en causa M 455 2014, del Juzgado de Familia de

Temuco, adeudando el cónyuge demandante al 29 de marzo de 2019, en causa RIT Z 864 2016, la suma de \$967.425, por lo que se despachó orden de arresto en contra del alimentante con fecha 18 de abril del mismo año, deuda que corresponde al no pago de reajustes.

4. La cónyuge demandó reconvencionalmente divorcio por culpa, por la causal genérica contemplada en el artículo 54 y causales N° 1 y/o 2 de la Ley N° 19.947, por haber cometido una violación grave a los deberes y obligaciones que le impone el matrimonio y de los deberes y obligaciones para con los hijos, situación que tornó intolerable la vida en común, por haberles causado daños psicológicos y biológicos, al faltar al deber de socorro y ayuda mutua, por abandonarlos económicamente y no asumir dentro de la convivencia su obligación de contribuir al mantenimiento y necesidades tanto de la cónyuge como de los hijos y haber faltado al deber de cuidado y protección de la familia fundada en hechos ocurridos a lo menos desde el año 2005.

5. Al contraer matrimonio las partes comenzaron a trabajar en una empresa del padre de la demandante reconvencional; el cónyuge no trabaja los días sábados porque estaba cursando un magister. Para asistir a diversos médicos con su hijo menor, la cónyuge comenzó a trabajar media jornada sin ver disminuidos sus ingresos.

6. Las partes contaron con asesora de hogar por diez años, de los cuales nueve fueron en jornada completa.

7. La cónyuge tiene 39 años de edad a la fecha de dictación de la sentencia de primera instancia. Es periodista e ingeniera comercial, socia de la Sociedad Inmobiliaria Aluantu Ltda., en la que posee una participación en capital y utilidades de un 45%, dicha sociedad es dueña de cinco inmuebles entre ellos tres locales comerciales con subterráneo, es propietaria de un vehículo Station Wagon, marca Ford año 2005. Presta servicios para la Sociedad Pernos Brasil Ltda., empresa de su padre desde el año 2001 a la fecha, en donde ella también es socia. Registrando cotizaciones en todo el período, ascendiendo el fondo obligatorio total al mes de mayo de 2019 a la suma de \$26.064.721. Fue diagnosticada con depresión severa, en tratamiento con fármacos desde el año 2018, padece lipidemia y un problema en una cadera que requiere operación.

8. El cónyuge tiene 36 años, es ingeniero comercial y posee un magister. Es propietario de una moto Yamaha año 2011 y de un vehículo patente XX 5690 del que no se informaron antecedentes. Además, es dueño departamento N° 501 y estacionamiento N° 27, ubicados en calle H. N° 750, Temuco, que paga mediante crédito hipotecario al banco de Chile. Posee dos fondos mutuos Renta a Corto Plazo y Money Market, aportando desde el año 2014 y hasta el 2019, un monto de \$5.000. mensuales a cada uno. Su fondo obligatorio de cotizaciones asciende a \$50.594.553. Fue diagnosticado con miocardiopatía hipertrófica obstructiva, por lo que debió ser intervenido en el año 2011 para colocarle un desfibrilador, el que debe cambiarse cada cinco o seis años.

9. Al fijarse los alimentos el año 2014, los hijos comunes tenían 12 y 9 años de edad, a la fecha de la sentencia de primera instancia tienen 19 y 16. El menor fue diagnosticado con trastorno

de comunicación social asociado a déficit atencional e hiperactividad combinado y trastorno espectro autista alto funcionamiento, que requieren tratamientos con un costo mensual de \$350.000; mientras que la mayor fue diagnosticada con depresión severa moderada.

10. La cónyuge, al momento de acordar la pensión en actual vigencia, trabajaba para la Empresa Pernos Brasil Ltda., en jornada completa y a la fecha del fallo de primera instancia trabaja sólo media jornada; sus ingresos no disminuyeron al momento de reducir su horario de trabajo. Sus ingresos mensuales ascienden a una suma aproximada de \$750.000.

11. El cónyuge, al momento de acordar los alimentos, prestaba servicios como Director de Recursos Humanos en la Universidad Autónoma de Chile, cargo que mantiene al momento de dictarse la sentencia de primera instancia, labor por la que percibe ingresos mensuales aproximados de \$2.200.000 además de otros ingresos por \$1.889.835, alcanzando así el monto de \$ 4.089.835

12. Las necesidades de los alimentarios se fijaron en \$1.318.805. mensual.

Sobre la base de tales antecedentes la judicatura del fondo rechazó la excepción de no pago de los alimentos porque la deuda se produjo por su reajuste y acogió la demanda de divorcio por cese de la convivencia tras establecer la existencia del vínculo y el término de la vida en común el año 2013.

Además, rechazó la demanda reconvenicional de divorcio por culpa al fundarse en hechos que se originaron el año 2005, esto es, con anterioridad al cese de la convivencia.

Tras establecer que la demandante reconvenicional de compensación económica se dedicó principalmente al cuidado de los hijos y del hogar común y trabajó en menor medida de lo que quería y podía, la acogió y para determinar su monto razonó que ambos tienen similar capacitación profesional y pese a ello existe diferencia en su fondo de ahorro previsional, por lo que estimó que aquello configura el menoscabo a resarcir.

Luego, acogió la demanda de aumento de alimentos por haber probado la demandante reconvenicional el cambio de las circunstancias que se tuvieron en vista al momento de acordar los que se encontraban vigente, pues las necesidades de los alimentarios se han incrementado.

Tercero: Que, en cuanto a la excepción de alimentos no pagados, de acuerdo a lo preceptuado en el inciso tercero del artículo 55 de la Ley N° 19.947:

"Habrà lugar también al divorcio cuando se verifique un cese efectivo de la convivencia conyugal durante el transcurso de, a lo menos, tres años, salvo que, a solicitud de la parte demandada, el juez verifique que el demandante, durante el cese de la convivencia, no ha dado cumplimiento, reiterado, a su obligación de alimentos respecto del cónyuge demandado y de los hijos comunes, pudiendo hacerlo".

Dichas condiciones son indispensables dado los drásticos efectos de la referida excepción, que permite enervar una acción de divorcio por cese de convivencia no obstante verificarse sus requisitos de procedencia, lo cual obliga a ponderar no sólo la naturaleza y entidad del incumplimiento en el pago de la obligación de alimentos, sino también la exigibilidad, con el

objeto de impedir que la institución sea utilizada con un fin diverso al que se previó con su regulación.

Cuarto: Que, además, tal como esta Corte ha referido en otras oportunidades (Roles N° s; 20.278 14, 45.453 17; 43.298 17, 16.785 17, 4.576 18 y Rol N° 6.540 18), la excepción contemplada en el inciso tercero del artículo 55 de la Ley N° 19.947, no puede entenderse sino como un mecanismo de corrección frente a eventuales inequidades derivadas del ejercicio de la acción unilateral de divorcio y no como un obstáculo insalvable al mismo (Turner, Susan, en Revista de Derecho (Valdivia), vol., XXI, N° 2, P. 285 288), por lo que debe ser interpretada restrictivamente, entendiéndose que no tiene por objetivo privar a todo evento al demandante del derecho a solicitar el divorcio, sino que busca asegurar que, previo a la disolución del vínculo conyugal, las obligaciones del alimentante se encuentren cumplidas.

En este sentido, de acuerdo a la historia fidedigna del establecimiento de la norma, el objetivo de su inserción fue "que el juez, evaluando las circunstancias, no permita que se concrete el divorcio cuando el cónyuge de que se trate incurra en abusos al no cumplir ninguna de sus obligaciones y, no obstante ello, pretenda terminar con el matrimonio". De lo que se trata, según expresa otro Senador, es "proteger precisamente a los hijos, al cónyuge más débil, a las mujeres, porque ellas son, en el 99 por ciento de los casos, las que van a sufrir con una medida de esta naturaleza" (Barrientos Grandón, Javier. "Derecho de las Personas. El Derecho matrimonial", Abeledo Perrot/Thomson Reuters, 2011, pág. 722).

Quinto: Que es un hecho inamovible de la causa que el demandante de divorcio, al 29 de marzo de 2019, en causa RIT Z 864 2016, adeudaba por alimentos, la suma de \$967.425, monto que corresponde al no pago de reajustes. De este modo, no se configura la cláusula de dureza pues el incumplimiento alegado no alcanza a generar el drástico efecto excepcional de enervar la acción de divorcio en los términos estrictos que lo exige la ley.

Sexto: Que, en cuanto a las restantes normas denunciadas, como esta Corte ha señalado reiteradamente, la determinación de los hechos corresponde a una facultad que se ejerce exclusivamente en las instancias del fondo, sin que sea dable su revisión en esta sede, a menos que se denuncie y acredite el quebrantamiento de disposiciones que integran el sistema valorativo de la sana crítica.

En ese sentido, debe recordarse que el artículo 32 de la Ley N° 19.968 prescribe que la prueba debe apreciarse conforme a las reglas de la sana crítica; que tal concepto está compuesto de tres elementos: la lógica, conformada por "reglas universales establecidas y permanentes en el tiempo propias de la razón humana y que conducen a una conclusión o, en lo fundamental, a la emisión de un juicio", cuyos principios son, los siguientes: de identidad (una cosa solo puede ser igual a sí misma), de contradicción (una cosa no puede ser explicada por dos proposiciones contrarias entre sí), de razón suficiente (las cosas existen y son conocidas por una causa capaz de justificar su existencia), y de tercero excluido (si una cosa únicamente puede ser explicada dentro de una de dos proposiciones alternativas, su causa no puede residir en una tercera proposición ajena a las dos precedentes), sin agotar con ello, en todo caso, los parámetros

lógicos que deben guiar la construcción epistémica probatoria. En segundo lugar, las máximas de experiencia o "reglas de la vida", entendiendo por tales, según la doctrina, "definiciones o juicios hipotéticos de contenido general, desligados de los hechos concretos que se juzgan en el proceso, procedentes de la experiencia, pero independientes de los procesos particulares de cuya observación se han inducido y que, por encima de esos casos, pretenden tener validez para otros nuevos" (STEIN, Friedrich; El conocimiento privado del juez, Editorial Temis, Bogotá, 2ª edición, 1999, p. 27). Y, por último, los conocimientos científicamente afianzados, que son los saberes proporcionados por las ciencias y las técnicas (artes y oficios reputados), que surgen luego de operaciones metódicas estandarizadas, cuyos resultados son verificables y susceptibles de refutación.

Luego, para que prospere un recurso de casación en el fondo que se basa en la incorrecta aplicación de la citada disposición, que autorizaría alterar los hechos asentados en la sentencia que se impugna, es menester que se indique cuál de los elementos que componen el referido sistema de valoración de la prueba fue infringido; causal 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 indica el artículo 32 de la Ley N° 19.968.

Séptimo: Que, en cuanto al rechazo de la demanda reconventional de divorcio por culpa, el inciso primero del artículo 54 de la Ley N° 19.947, contiene una causal de divorcio subjetiva y genérica al disponer que "el divorcio podrá ser demandado por uno de los cónyuges, por falta imputable al otro, siempre que constituya una violación grave de los deberes y obligaciones que les impone el matrimonio, o de los deberes y obligaciones para con los hijos, que torne intolerable la vida en común". A su vez, en su inciso segundo, la ley presume casos que la configuran, enumerando una serie de transgresiones en modo de conductas y omisiones constitutivas de faltas al vínculo conyugal, las que, sin ser taxativas o excluyentes, se encuadran en la causal general.

De ello se desprenden los siguientes elementos o requisitos copulativos y de derecho estricto a acreditar por la parte que invoca la causal de divorcio sanción, a saber:

Una falta imputable al otro cónyuge: debiendo entenderse la expresión "falta" en su sentido natural y obvio, entendiendo entonces que se refiere a una cierta conducta que implica la ausencia de cumplimiento de un deber u obligación, que son los mismos que el citado artículo precisa. Que sea imputable, a su turno, dice relación con el juicio de atribución de responsabilidad por incumplimiento que debe realizar el juez.

Violación grave de ciertos deberes y obligaciones: debe concurrir esta nota esencial "gravedad", que debe ligarse necesariamente al efecto que la misma ley vincula a la causal, esto es, que torne intolerable la vida en común.

Que torne intolerable la vida en común: a la concurrencia de las exigencias antedichas, se une que como consecuencia de ellas, se debe tornar intolerable la vida en común, de tal manera

que este último requisito debe igualmente acreditarse, en orden a que, la violación de los deberes matrimoniales produce como consecuencia lógica y necesaria, el cese de convivencia.

Octavo: Que, el recurso acusa la infracción del artículo 32 de la Ley N° 19.968, al no expresar la sentencia impugnada por qué las faltas acreditadas del cónyuge demandado reconventional no configuran la causal de divorcio por culpa; sin embargo, tales alegaciones deben ser desestimadas, por cuanto las consideraciones expresadas en la sentencia impugnada dan cuenta de los motivos para desestimarla, puesto que al haber cesado la convivencia el año 2013, no son aquellos hechos ocurridos el 2005 los que generaron el término de la vida común.

De este modo, la crítica se concentra en el proceso de valoración, de cuyo resultado disiente, pero al no haber acreditado la conculcación a las reglas que componen el sistema de la sana crítica, no es posible alterar el marco fáctico de la decisión por medio de este mecanismo extraordinario y de derecho estricto.

Noveno: Que, en consecuencia, sobre la base de los hechos establecidos de manera inamovible en el fallo, debe concluirse que la decisión es producto de una correcta aplicación de las normas sustantivas cuya vulneración se acusa, pues se rechazó la demanda de divorcio sanción por no haberse acreditado la existencia, gravedad e imputabilidad de las faltas que se atribuyen al cónyuge que hayan generado el término de la vida común.

Décimo: Que, en relación a la compensación económica, es necesario recordar, tal como ha sido señalado de manera reiterada por esta Corte, que ésta tiene lugar si uno de los cónyuges, como consecuencia de haberse dedicado al cuidado de los hijos o a las labores propias del hogar común, no pudo desarrollar una actividad remunerada o lucrativa durante el matrimonio, o lo hizo en menor medida de lo que podía y quería, caso en el que, cuando se produzca el divorcio o se declare la nulidad del matrimonio, corresponde que se le compense el menoscabo económico sufrido por esa causa.

En rigor, se trata de una institución del Derecho de Familia que fue erigida de manera tal que el que la demanda debe probar que durante el matrimonio, o parte de él, se dedicó al cuidado de los hijos y, si no los hubo, a los trabajos propios para mantener el hogar y la vida familiar, sea por decisión propia o porque las condiciones del matrimonio se lo requirieron; que en razón de lo anterior, no pudo desplegar una actividad económica ya que el quehacer propio del hogar o el cuidado de los hijos exigió una dedicación total, o lo hizo en menor medida de lo que podía y quería, pues solo le generó un obstáculo parcial para llevarla a cabo completamente; y, por último, que de lo anterior resulte o se provoque un quebranto de carácter patrimonial.

Por lo tanto, lo que explica el resarcimiento de tipo económico es la actitud que uno de los cónyuges asumió en pro de la familia y la consiguiente postergación personal, por eso su naturaleza jurídica es la de ser restauradora o una forma de remediar el detrimento que experimentó porque no pudo desplegar una actividad remunerada o lucrativa durante el matrimonio, o lo hizo en menor medida de lo que podía y quería, precisamente por las razones indicadas. También se trata de una forma de reparación de un cierto daño producido porque el

cónyuge se dedicó al cuidado de los hijos o a las tareas del hogar, impidiéndole trabajar con resultado económico concreto que permita enfrentar la vida futura una vez producida la extinción del matrimonio. (Domínguez A., Ramón, La compensación económica en la nueva legislación de matrimonio civil, en Actualidad Jurídica N° 15 enero 2007, Universidad del Desarrollo, p. 89).

Undécimo: Que, por su parte, el artículo 62 de la Ley N° 19.947, dispone, en lo pertinente, que: "Para determinar la existencia del menoscabo económico y la cuantía de la compensación, se considerará, especialmente, la duración del matrimonio y de la vida en común de los cónyuges; la situación patrimonial de ambos; la buena o mala fe; la edad y el estado de salud del cónyuge beneficiario; su situación en materia de beneficios previsionales y de salud; su calificación profesional y posibilidades de acceso al mercado laboral, y la colaboración que hubiere prestado a las actividades lucrativas del otro cónyuge".

Duodécimo: Que, tal como se advierte de la lectura del recurso, lo que se pretende obtener por parte de la recurrente es la modificación del monto de la compensación entendiendo que el fijado no considera todo el menoscabo económico que podría haber experimentado la demandante de compensación; de este modo, la normativa que se denuncia se relaciona con la apreciación del menoscabo efectuada por la judicatura del fondo, desprendiéndose de los argumentos que se desarrollan y la petición que se formula que se ataca la decisión en lo relativo al quantum de la obligación, aspecto que no es susceptible de control por esta vía, porque presupone un ejercicio valorativo, que, en la medida que se efectúe de manera compatible con las reglas de la sana crítica, excede de lo meramente jurídico.

Décimo tercero: Que, finalmente, en cuanto al monto de los alimentos menores, en la especie se acusó la vulneración del artículo 32 de la Ley N° 19.968; sin embargo, tal alegación debe ser desestimada porque la recurrente no cumplió con las exigencias mencionadas, al no desarrollar con precisión el modo en que se habrían producido las vulneraciones que afirma afectaron a la ponderación, limitándose a plantear un análisis alternativo de los antecedentes. Luego, considerando los hechos asentados en el proceso, debe concluirse que en la sentencia impugnada contiene una correcta aplicación de la normativa atinente al caso, en particular de los artículos 323, 329 y 330 del Código Civil, ya que se han justificado los motivos por los cuales acogió la demanda, pues se acreditó el aumento de las necesidades de los alimentos y para fijar su quantum se tuvo en consideración las facultades económicas de los progenitores y determinó que el alimentante debe contribuir con una suma dineraria y el pago de la educación de los hijos, además del copago de salud.

Lo anterior, permite colegir que la crítica del recurrente se concentra en el proceso de valoración, de cuyo resultado disiente, pero al no haber logrado acreditar la conculcación a las reglas que componen el sistema de la sana crítica, no es posible alterar el marco fáctico de la decisión por medio de este mecanismo extraordinario y de derecho estricto.

Décimo cuarto: Que, en consecuencia, el dictamen impugnado se revela como el resultado del correcto análisis de las probanzas incorporadas y de la adecuada aplicación de la normativa sustantiva atinente al caso, razón por la que el arbitrio debe ser desestimado.

Por estos fundamentos, disposiciones legales citadas y lo preceptuado en los artículos 765, 767 y 772 del Código de Procedimiento Civil, se rechaza el recurso de casación en el fondo deducido por la demandada principal y demandante reconvencional, contra la sentencia de tres de octubre de dos mil veintidós, pronunciada por la Corte de Apelaciones de Temuco.

Pronunciado por la Cuarta Sala de la Corte Suprema integrada por los Ministros señoras Andrea Muñoz S., María Cristina Gajardo H., señor Diego Simpértigue L., ministra suplente señora María Loreto Gutiérrez A., y el abogado integrante señor Diego Munita L. No firma la ministra suplente señora Gutiérrez y el abogado integrante señor Munita, no obstante haber concurrido a la vista y al acuerdo de la causa, por haber terminado su periodo de suplencia la primera y por estar ausente el segundo. Santiago, veinticinco de septiembre de dos mil veintitrés.

28. Corte Suprema, 28 de septiembre de 2023, N° 197.301-2023.

Alimentos. Casación en el fondo. Irregularidades y malas prácticas. Dilación excesiva de los procedimientos.

Santiago, veintiocho de septiembre de dos mil veintitrés.

Vistos y teniendo presente:

Primero: Que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 782 del Código de Procedimiento Civil, se ordenó dar cuenta del recurso de casación en el fondo deducido por la parte demandada y demandante reconvenzional en contra de la sentencia dictada por la Corte de Apelaciones de Santiago, que confirmó la de primera instancia que acogió la demanda principal de alimentos y los reguló en la suma equivalente a 2,64086 unidades tributarias mensuales, desestimó la de cuidado personal deducida por el padre, fijando un régimen de relación directa y regular con la niña, y condicionando, tanto el cuidado personal, como el régimen de relación directa y regular, a que ambos padres se mantengan en una terapia de apoyo, que no podrá ser inferior a seis meses, desde que se inicie la intervención, con la finalidad de reforzar sus habilidades parentales, que aprendan a colocar los intereses de su hija por sobre los personales y, en especial, que trabajen la capacidad de vincularse entre ellos, en una coparentalidad sana con el otro progenitor.

Segundo: Que el recurrente denuncia infracción a los artículos 36, 50, 77 de la Ley 21.430 y 18 de la Ley 21.302, porque en el procedimiento se evidencian una serie de irregularidades y malas prácticas por parte de profesionales del Poder Judicial y de organismos colaboradores de mejor niñez, que lo han afectado gravemente y también a la niña, revictimizándolos y generando un proceso judicial estéril que ha mantenido a la niña “hiperjudicializada.” Precisa que lo anterior se inicia con un proceso proteccional por denuncia de presunta transgresión de la niña en la esfera de su sexualidad; y que no obstante los informes favorables de habilidades parentales del padre, los órganos colaboradores y la judicatura han apoyado a la demandante en sus acciones de desvincularla de la niña.

Denuncia que en “... el marco de los procesos judiciales por la guarda y custodia de la hija de mi representado, así como en los procedimientos de medida de protección llevados a cabo en tribunales de familia y Centros de Medidas Cautelares, su hija ha sido víctima de un maltrato predeterminado, grave y sistemático que utiliza técnicas de coerción psicológica o persuasión coercitiva.

Esta situación tiene como objetivo pervertir su derecho fundamental a ser escuchada y se inicia con su separación injustificada del cuidado de su padre, sin ningún fundamento válido. Esta acción la aleja abruptamente del entorno de cuidados que compartían como padre e hija, ignorando por completo que su hija estaba habituada a un sistema de cuidados compartidos previamente establecido entre los padres mediante mediación. Durante el periodo de desvinculación de su hija, ella ha sido sometida a graves vulneraciones en su salud psicológica, física y sexual, todo lo cual se ha visto agravado por artimañas jurídicas que han conducido a

una dilación excesiva de los procedimientos y, como consecuencia, a la denegación de justicia y la vulneración de sus derechos fundamentales. Estas tácticas han resultado en el posicionamiento sistemático de una ficción jurídica, distorsionando la realidad con el propósito de influir en decisiones judiciales basadas en supuestos irreales o desactualizados, que no reflejan adecuadamente las circunstancias reales y han perjudicado gravemente tanto el bienestar de la hija como de su padre”

Concluye que la niña bajo el cuidado de la madre se encuentra en un grave peligro.

Cita, además infracciones en forma genérica a la Convención de los Derechos del Niño, a la Ley 19968, Ley 20.032 que regula el régimen de aportes financieros del estado a los colaboradores acreditados, Ley 20.066, Código Civil, Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura y Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.

Tercero: Que, conforme a lo dispuesto en el artículo 767 del Código de Procedimiento Civil, el recurso de casación en el fondo procede sólo respecto de las sentencias definitivas y en contra de determinadas interlocutorias dictadas con infracción de ley, es decir, cuando han incurrido en errores de derecho, dando a la norma un alcance diferente de aquél otorgado por el legislador, aplicando un precepto a una situación no prevista por el mismo o dejando de hacerlo en un caso que sí regula, siempre que los yerros referidos influyan sustancialmente en su parte dispositiva.

Cuarto: Que, de la lectura del recurso, se constata que no especifica las materias por las que se recurre, ni se denuncian vulneradas disposiciones decisorias, por cuanto el reproche se funda en las leyes que garantizan la protección integral de los derechos de la niñez y de la infancia; y la que crea el servicio especializado para tal efecto y en instrumentos internacionales celebrados y, algunos, ratificados por nuestro país; razón por la que el intentado debe ser declarado inadmisibles.

Por estas consideraciones y de conformidad, además, con lo dispuesto en los artículos 764, 767 y 772 del Código de Procedimiento Civil, se declara inadmisibles el recurso de casación en el fondo interpuesto contra la sentencia de diecisiete de julio de dos mil veintitrés.

Regístrese y devuélvase. N° 197.301-2023.-

29. Corte Suprema, 23 de octubre de 2023, rol N° 124.543-2023

Susceptibilidad de adopción. Hechos establecidos por los jueces del fondo son inamovibles. Crítica a la ponderación de la prueba. Parientes maternos extendidos. interés superior del niño. (Derecho de familia)

Santiago, veintitrés de octubre de dos mil veintitrés.

Vistos:

En causa RIT A-7-2021 del Juzgado de Familia de San Felipe, sobre susceptibilidad de adopción, por sentencia de veintiocho de noviembre de dos mil veintidós, se rechazó la demanda del matrimonio conformado por doña M. y don C. de declarar susceptible de ser adoptada a su sobrina L.

Apeló la parte demandante y una sala de la Corte de Apelaciones de Valparaíso, por sentencia de cinco de junio de dos mil veintitrés, la revocó y en consecuencia decidió declararla susceptible de ser adoptada.

En contra de esta decisión, la parte demandada -abuelos y tíos maternos-recurrió de casación en el fondo (los abuelos), solicitando su invalidación y se dicte la correspondiente sentencia de reemplazo que se indica.

Se ordenó traer los autos en relación.

Considerando:

Primero: Que en el recurso, tras exponer los antecedentes de la causa, se denuncian infringidos los artículos 32 de la Ley N° 19.968 en relación con los artículos 15 y 37 de la Ley N° 19.620, 28 de la Ley N° 21.430 y artículo 229-2 del Código Civil, al no resolver acerca de la imposibilidad de disponer de otras medidas que permitan la permanencia de la niña en su familia de origen extendida. Sostiene que se infringe el principio de no contradicción al argumentarla revocación del fallo de primera instancia en la opinión emitida por el abogado curador ad litem, que no apeló de aquella. Este mismo hecho lo esgrime para acusar la vulneración del principio de tercero excluido, porque el razonamiento de la impugnada lleva a la conclusión de que se debe acoger la solicitud de susceptibilidad de adopción basada en la actuación procesal de no apelar del abogado curador ad litem de la sentencia definitiva del Tribunal de Familia de San Felipe que resolvió rechazar la solicitud de susceptibilidad de adopción. A. se infringe el principio de la razón suficiente al indicar que se comparte la opinión del fiscal judicial en el sentido que “y, rechazar la posibilidad de que [la niña] cuente con una vinculación familiar beneficiosa, la deja en el desamparo, impidiéndole contar con un entorno familiar afectivo que la acoja material y moralmente, al contar con familia directa conformada por abuelos ancianos, y tíos por línea materna que no mantienen mayor contacto, lo que atenta contra su interés superior, amparado por la Convención de los Derechos del Niño”, pese a que en la de primera instancia, tras ponderar la prueba rendida se tuvo por acreditado que tiene conocimiento de su origen y mantiene vinculación con la familia extensa materna, por lo que no se consideró beneficio para su interés superior declararla susceptible de ser adoptada.

Añade que el fallo impugnado vulnera lo dispuesto en el artículo 15 de la Ley N° 19.620, porque no resolvió acerca de la imposibilidad de disponer de otras medidas que permitieran la permanencia de la niña en su familia de origen extendida, compuesta por sus abuelos maternos doña E. y don J., su tía materna doña E., y su tío materno don C., en los términos exigidos por el inciso segundo del artículo 15 de la Ley N° 19.620, a diferencia del razonamiento del considerando décimo cuarto del fallo de primera instancia, que transcribe. Agrega que al acoger la demanda de susceptibilidad de adopción se transgrede lo dispuesto en el artículo 37 de la citada ley, que establece que “tiene derecho a conocer la identidad de sus padres y/o madres, su origen biológico, a preservar sus relaciones familiares de conformidad con la ley”, con quienes tiene regulado un régimen de relación directa y regular dispuesto en causas RIT P-270-2015 y RIT P-2059-2016, ambas del Juzgado de Familia de Coquimbo.

Por lo anterior, solicitan se lo acoja, se la invalide y se dicte la correspondiente de reemplazo que confirme la de primera instancia.

Segundo: Que en la sentencia se establecieron los siguientes hechos:

1.- La niña L., nació el NUM000 de 2015. Es hija del matrimonio entre don E. y doña G., contraído el 30 de octubre de 2014.

2.- Los padres de la niña fallecieron el 23 de abril de 2015.

3.- Su cuidado personal por sentencia dictada el 1 de julio de 2019, en causa RIT P-217-19, del Juzgado de Familia de Coquimbo, se confirió a la tía paterna, doña M.

4.- Los demandantes son la tía paterna, de 51 años de edad a la fecha de dictarse la sentencia de primera instancia, y su marido, de 63 años; quienes contrajeron matrimonio el 29 de julio de 2015.

5.- El matrimonio demandante debió ser intervenido previo a declararse su idoneidad por el Servicio Nacional de Menores, porque su informe psicológico indicaba que: *“En cuanto a la niña no existe claridad respecto de sus orígenes, sino ideas vagas de su concepción”* y que, *“Asimismo, su actual grupo familiar, no ha generado la apertura necesaria para promover mayor claridad en la niña en referencia respecto a sus orígenes”*. También evaluaron que, en relación a la motivación del proceso de regularización, se observó una motivación asimétrica entre la pareja: *“en relación a la motivación existente para generar el actual proceso, ésta se basa en el deseo de doña M., ya sea de ser madre de una niña o de mantener cohesionado y funcional a su sistema familiar, no siendo esta una idea compartida por su cónyuge”*.

Tras cumplir con el proceso de intervención, los demandantes fueron evaluados física, mental, psicológica y moralmente idóneos por el Servicio Nacional de Menores de Valparaíso, para asumir la adopción de la niña.

6.- Del informe psicológico con fines de regularización del matrimonio, se da cuenta que la niña se muestra cómoda junto a su sistema familiar, sintiéndose querida y valorada, contando con espacios aptos para su desarrollo, sin perjuicio de ello, no logra manifestar a profesional su interés y motivación ante la posibilidad de modificar su apellido, dejando entrever que la presente solicitud surge por una necesidad de los adultos, o de la adulta evaluada.

7.- El grupo familiar demandante cuenta con ingresos mensuales aproximados equivalentes a la suma de \$9.000.000; el cual corresponde a las remuneraciones percibidas por don C. producto de su desempeño como empresario, en donde trabaja como contratista de Sodimac, como dueño de los camiones de reparto, más el trabajo que realiza en su taller de vulcanización y soldadura, percibiendo en promedio \$8.000.000, a esto se suman las rentas variables de doña M. quien se desempeña como abogado particular, más el arriendo de un inmueble en la ciudad de La Serena, generando un aporte de \$1.000.000.-

8.- La niña se encuentra afiliada a sistema de salud de los abuelos paternos, quienes obtienen su cuidado con fines previsionales y aún no han realizado el traslado.

Sobre la base de tales presupuestos fácticos la sentencia impugnada, compartiendo lo informado por el Fiscal Judicial, lo expuesto por los intervinientes en estrados, la opinión del curado ad litem y la opinión de la niña en audiencia reservada, decidió acoger la demanda y en consecuencia declarar a la niña susceptible de ser adoptada.

Tercero: Que dichos presupuestos fácticos resultan inamovibles en sede de casación, según se desprende de lo que dispone el artículo 785 del Código de Procedimiento Civil, salvo que se acuse la vulneración de lo que dispone el artículo 32 de la Ley N° 19.968, que ordena que la prueba debe apreciarse conforme a las reglas de la sana crítica; concepto que está compuesto de dos elementos: la lógica, conformada por “reglas universales establecidas y permanentes en el tiempo propias de la razón humana y que conducen a una conclusión o, en lo fundamental, a la emisión de un juicio”, cuyos principios son los siguientes: de identidad (una cosa solo puede ser igual a sí misma), de contradicción (una cosa no puede ser explicada por dos proposiciones contrarias entre sí), de razón suficiente (las cosas existen y son conocidas por una causa capaz de justificar su existencia), del tercero excluido (si una cosa únicamente puede ser explicada dentro de una de dos proposiciones alternativas, su causa no puede residir en una tercera proposición ajena a las dos precedentes), de a contrari (si no se dan los supuestos, no se puede dar la solución), y de ad absurdum (referido a que lo que es inaceptable, porque es un imposible jurídico y físico); y las máximas de experiencia a las que consciente o inconscientemente se recurre por quien juzga; debiendo entenderse por tal, según la doctrina, como “el conjunto de juicios fundados sobre la observación de lo que ocurre comúnmente y que pueden formularse en abstracto por toda persona de nivel mental medio”. A dichos elementos deben agregarse los conocimientos científicamente afianzados.

Cuarto: Que esta Corte ha señalado reiteradamente que para que prospere un recurso de casación en el fondo que se basa en la incorrecta aplicación de la citada disposición, que autorizaría alterar los hechos asentados en la sentencia que se impugna, es menester que se indique cuál de los elementos que componen el referido sistema de valoración de la prueba fue infringido; causal 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 indica el artículo 32 de la Ley N° 19.968.

En este sentido, la parte recurrente denuncia que se ha infringido el citado artículo 32, por cuanto la sentencia impugnada infringe los principios de no contradicción y de tercero excluido al fundar la decisión en la opinión de la curaduría ad litem, pese a que quien ejerce esta función no se alzó en contra de la de primera instancia, y el de la razón suficiente, al compartir la opinión de la fiscalía judicial de la Corte de Apelaciones que informó por revocar la sentencia en alzada y acoger la demanda de susceptibilidad de adopción para permitir que la niña cuente con una vinculación familiar beneficiosa y no quede en una situación de desamparo; opinión que la recurrente cuestiona porque se acreditó en juicio que ésta conoce su origen materno y se encuentra fijada una relación directa y regular con su familia materna, de modo que no existe riesgo de desamparo y no se probó la conveniencia de extinguir el vínculo con aquella. De este modo, la infracción denunciada descansa en la errónea valoración de la opinión de la fiscalía judicial y del curador ad litem, las que en caso alguno constituyen medios de prueba, sino que puntos de vista en relación a la materia sometida a conocimiento del tribunal y, por lo mismo, no permiten fundar una infracción a dicha norma.

Así las cosas, el reproche de la recurrente no parece apuntar a una verdadera vulneración a las reglas de la sana crítica, sino a una perspectiva distinta acerca de la ponderación de la prueba, cuestión que, si bien resulta legítima, no configura el vicio que se pretende, desde que es atribución privativa de la judicatura de fondo la apreciación de los medios probatorios y sólo puede invalidarse el fallo si se acredita una infracción a dichas reglas, lo que no ocurre en la especie.

Quinto: Que, tampoco se configura la vulneración de los artículos 15 y 37 de la Ley N° 19.620. En el primer caso, porque la decisión de la sentencia impugnada se sustenta en el principio del interés superior de la niña, pues de acuerdo a los antecedentes y presupuestos que han considerado y establecido, la determinación se ajusta a lo que aparece como beneficioso para ésta en cuanto posibilita que pueda acceder con plenitud a la familia de que forma parte, lo que no puede considerarse una vulneración a los principios de subsidiaridad de la adopción y de la prioridad de la familia biológica, como lo esgrime la recurrente, teniendo presente, además, que la actora es parte de la familia biológica paterna extendida. Y, en el segundo, porque la citada disposición refiere los efectos de la adopción y la materia objeto del juicio es la etapa previa, por lo que no es una de aquellas con arreglo a la cual debe resolverse el litigio, y que son las únicas que pueden influir de un modo sustancial en lo dispositivo de la sentencia.

Sexto: Que tampoco se ha infringido el artículo 28 de la Ley 21.430, porque la niña fue oída por el tribunal de primera instancia en una audiencia reservada, en la que se respetó su autonomía progresiva y su opinión fue escuchada en función de su edad y madurez.

Séptimo: Que, no obstante las disposiciones que regulan el derecho de relación directa y regular en nuestro ordenamiento jurídico no contemplan el derecho referido respecto de terceros no parientes, como sería el caso entre la parte demandada y la niña, una vez extinguida su actual filiación, lo cierto es que entre ambas existe un vínculo de afecto generado

en la relación de consanguinidad y afectiva entre la familia de la madre de la niña y ésta, que, tanto en la demanda de declaración de susceptibilidad de adopción como en el alegato del abogado que representa a los demandantes, se ha insistido que se respetará en atención al mejor interés de la niña, por lo que no existen antecedentes que permitan presumir el alejamiento que temen los demandados.

Octavo: Que, por lo razonado, el recurso de casación en el fondo debe ser rechazado, toda vez que la sentencia impugnada no ha cometido los errores de derecho que se pretenden.

Por lo reflexionado y dispuesto, además, en los artículos 764, 765, 767 y 783 del Código de Procedimiento Civil, se rechaza, sin costas, el recurso de casación en el fondo deducido por la parte demandada en contra de la sentencia dictada el cinco de junio de dos mil veintitrés por la Corte de Apelaciones de Valparaíso.

Se previene que las ministras M. y Lusic (S), tuvieron especialmente presente que el interés superior de la niña, en el particular caso de autos, supone la mantención de los vínculos con la familia materna de origen, desde que con ello se protege su derecho a la identidad.

Regístrese y devuélvase. Rol N° 124.543-23.

Pronunciado por la Cuarta Sala de la Corte Suprema integrada por los Ministros señora Andrea Muñoz S., señor Diego Simpertigue L., ministros suplentes señor Jorge Zepeda A., señora Dobra Lusic N., y el abogado integrante señor Gonzalo Ruz L. No firma el Ministro señor Simpertigue, no obstante haber concurrido a la vista y al acuerdo de la causa, por estar en comisión de servicios. Santiago, veintitrés de octubre de dos mil veintitrés.

30. Corte Suprema, 30 de octubre de 2023, rol N° 3.325-2023.

Redacción de la Ministra Sra. M.C.G.H.

Medida de protección. No se señala o explica error de derecho. Programa nacional de inmunizaciones (PNI). Plan de vacunación obligatorio nacional.

Santiago, treinta de octubre de dos mil veintitrés.

Vistos:

En estos autos RIT P-141-2022 del Juzgado de Letras de Mariquina, sobre medida de protección respecto de la niña S., por sentencia de veinte de septiembre de dos mil veintidós se acogió el requerimiento formulado por el CESFAM de Malalhue, ordenándose la inmunización de la niña acorde con el Plan de Vacunación Obligatorio Nacional.

Se alzó la madre de la niña y una Sala de la Corte de Apelaciones de V. confirmó la decisión, por sentenciada diecinueve de diciembre de dos mil veintidós.

En contra de esta decisión, la defensa de la madre dedujo recursos de casación en la forma y en el fondo.

Se ordenó traer los autos en relación.

Considerando:

En cuanto al recurso de casación en la forma:

Primero: Que, la recurrente sostiene que se ha configurado el vicio contemplado en el artículo 768 N°5 del Código de Procedimiento Civil, en relación con el número 4 del artículo 170 del mismo Código, puesto que la resolución recurrida omitió los fundamentos de hecho y de derecho que debe contener la sentencia.

Segundo: Que, advirtiéndose que la resolución recurrida confirmó la sentencia apelada de fecha veinte de septiembre de dos mil veintidós, el efecto jurídico de la confirmatoria es el de tener por reproducidas las consideraciones tanto fácticas como jurídicas que el fallo de base contiene, las que no fueron modificadas en la segunda instancia, de manera tal que, al confirmar sin más la decisión, también lo hizo con sus fundamentos, los que hizo suyos.

Tercero: Que, de esta manera, el vicio formal denunciado no se configura, debiendo procederse al rechazo del recurso en este capítulo.

En cuanto al recurso de casación en el fondo:

Cuarto: Que, por este recurso se denuncian infringidos los artículos 1, 5 inciso segundo, 19 números 1 y 6 de la Constitución Política de la República. Se plantea que el derecho a la vida e integridad física debe ser entendido en un sentido amplio, respetando las individualidades de cada ser humano; que es un hecho científico que las vacunas pueden generar reacciones adversas graves - las que no vienen precisadas - por cuyas consecuencias Chile no cuenta con un programa o política de responsabilidad legal; y que es deber del Estado respetar las creencias y espiritualidad de cada familia, lo que en su caso se traduce en el cuidado de la inmunidad y la salud a través de la alimentación y medicina basada en plantas.

Enseguida cita el artículo 7 de la Ley 19.253, artículos 2, 3.1 y 5 del Convenio 169 de la OIT, la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos de 19 de octubre de 2005 y artículos 14 y 16 de la Ley 20.584, y pide se acoja el recurso, se invalide la resolución recurrida y se dicte una sentencia de reemplazo “corrigiendo el error denunciado”, que no viene explicitado más allá de la discrepancia con lo decidido.

Quinto: Que, la decisión de la judicatura del fondo fue la de acoger el requerimiento y decretar la medida de protección consistente en la inmunización de la niña acorde al Plan de Vacunación Obligatorio Nacional, a realizarse en el CESFAM de Malalhue de la comuna de Lanco, por un funcionario que dicha entidad designe, conforme a un calendario propuesto, debiendo coordinarse con los padres de la niña para las citaciones pertinentes, adaptar las dosis y su oportunidad a su edad actual.

El sustento normativo de la decisión se encuentra en el artículo 32 del DFL 725 del Ministerio de Salud; artículos 14 y 15 de la Ley 20.584 sobre Derechos y deberes de las personas en relación con acciones vinculadas a su atención de salud; el Decreto exento 50 de 2021, del Ministerio de Salud; el artículo 24:1 de la Convención de los Derechos del Niño y el artículo 38 de la Ley 21.430.

Sexto: Que, el artículo 772 del Código de Procedimiento Civil exige que el recurso de casación en el fondo exprese en qué consiste el o los errores de derecho de que adolece la sentencia recurrida y el modo en que influyó sustancialmente en su parte dispositiva, reglas que en el arbitrio analizado no se cumplen, puesto que se ha limitado a citar disposiciones constitucionales y legales y de ius cogens de un modo general, las que no se vinculan o entrelazan con la realidad del proceso, ni con los hechos en él establecidos, y mucho menos se explica la existencia de yerros jurídicos ni su influencia en lo resolutivo.

Séptimo: Que, en razón de lo expuesto, y al no haberse precisado los errores de derecho en que habría incurrido el fallo, limitándose el recurso a manifestar su descontento con la decisión de la judicatura del fondo, solo cabe rechazarlo por incumplir con el estándar fijado por el artículo 772 del Código de Procedimiento Civil.

Por estas consideraciones y normas citadas, se rechazan los recursos de casación en la forma y en el fondo deducidos por doña Catalina Aguilera Larenas, en representación de doña L., madre y representante legal de la niña S., en contra de la sentencia de fecha diecinueve de diciembre de dos mil veintidós, de la Corte de Apelaciones de Valdivia. Regístrese y devuélvase.

Pronunciado por la Cuarta Sala de la Corte Suprema integrada por los Ministros señoras Gloria Ana Chevesich R., María Cristina Gajardo H., señor Diego Simpertigue L., ministro suplente señor Hernán González G., y el abogado integrante señor Gonzalo Ruz L. No firma el ministro suplente señor González, no obstante haber concurrido a la vista y al acuerdo de la

causa, por haber terminado su periodo de suplencia. Santiago, treinta de octubre de dos mil veintitrés.

31. Corte Suprema, 2 de noviembre de 2023, rol N° 167.551 -2023.

Susceptibilidad de adopción. Hijo de filiación no matrimonial. Inhabilidad parental. Interés superior del niño, niña y adolescente. Derecho a tener una familia. Falta de atención personal o económica durante cerca de un año

Santiago, dos de noviembre de dos mil veintitrés.

Vistos:

En autos RIT A 8 2022 del Juzgado de Familia de Viña del Mar, sobre susceptibilidad de adopción, por sentencia de quince de marzo de dos mil veintitrés, se acogió la demanda del Servicio de Protección Especializada de la Niñez y Adolescencia y se declaró a la niña de iniciales L.L.C.C. susceptible de ser adoptada.

Se alzarón la madre y el abuelo materno oponente y una sala de la Corte de Apelaciones de Valparaíso, por sentencia de dieciocho de julio de dos mil veintitrés, la confirmó.

En contra de dicho pronunciamiento, la madre y el abuelo materno de la niña dedujeron recurso de casación en el fondo solicitando se invalide la sentencia y se proceda a dictar una de reemplazo que revoque la de primera instancia y desestime la solicitud formulada.

Se trajeron los autos en relación.

Considerando:

Primero: Que en el arbitrio de los recurrentes, luego de exponer los antecedentes de la causa y transcribir los considerandos octavo y noveno de la sentencia de primera instancia, se denuncia la infracción del artículo 32 de la Ley N° 19.968 en relación con los artículos 15, inciso segundo, de la Ley N° 19.620, 37 de la Ley N° 19.620 y 26 de la Ley N° 21.430, al no resolver acerca de la posibilidad de disponer de otras medidas, consistentes en una intervención profesional especializada dirigida al desarrollo y fortalecimiento de las competencias parentales de los oponentes y la posterior revinculación o reinserción familiar, que permitan la permanencia de la niña en su familia de origen perteneciente a la cultura gitana.

El recurso sostiene que se infringieron las máximas de la experiencia al cuestionar los hábitos de higiene, vestimenta y ausencia de calzado de la familia de la niña, desconociendo que la cultura gitana tiene costumbres ancestrales propias y su modalidad de vida, hábitos de higiene, condiciones de habitabilidad y vestimentas, son distintas a las de los chilenos. En tal sentido hace presente que los oponentes pertenecen a un pueblo nómada que vive en carpas dentro de campamentos, no cuentan con suficientes recursos económicos para mantener un nivel de vida socioeconómico cercano al resto de los chilenos y la mayoría de los gitanos vive en la pobreza material; hecho que, en caso alguno, constituye un impedimento para que puedan mantener el cuidado de sus hijos.

Agrega que se infringió el artículo 26 de la Ley N° 21.430, que consagra el derecho de la niña a su identidad, al declararla susceptible de ser adoptada, pese a pertenecer a una minoría étnica

cuya cultura es distinta a la del resto de la sociedad, privándola, con ello, de su identidad e idiosincrasia.

Luego sostiene la infracción a los conocimientos científicamente afianzados, en relación con la obligación del artículo 15 de la Ley N° 19.620, porque el centro residencial no respetó la línea de acción que lo rige, al no realizar programas especializados para la madre que permitieran fortalecer sus habilidades y no se resolvió la imposibilidad de disponer de otras medidas que permitan la permanencia de la niña en su familia.

Posteriormente refiere cómo los vicios denunciados han influido en lo dispositivo de la sentencia y en el perjuicio causado, y se solicita, en definitiva, anular el fallo recurrido y dictar el correspondiente de reemplazo que revoque el de primera instancia y, en su lugar, se rechace la demanda de susceptibilidad de adopción.

Segundo: Que la judicatura del fondo estableció los siguientes hechos:

1. La niña de iniciales L.L.C.C. nació el 22 de marzo de 2017, tiene filiación no matrimonial determinada sólo respecto de su madre, doña L. C. I. Fue inscrita en el Registro Civil a los cuatro años de edad, por resolución dictada en causa proteccional seguida ante el Juzgado de Familia de Quilpué.

2. La niña tiene dos hermanos por línea materna. El mayor vive en el norte del país con el padre y el menor fue declarado susceptible de ser adoptado.

3. La niña vivió de forma inestable e insegura junto a su madre; no asistía al colegio ni tenía los controles de salud al día. Fue víctima de malos tratos por parte de la madre y la abuela.

4. En favor del hermano menor de la niña se inició un procedimiento proteccional, quien nació con sífilis, síndrome de abstinencia y cardiopatía congénita, sin haber controlado su madre el embarazo. En dicha causa fue incorporada la niña y, a su respecto, unos vecinos del campamento en que vivían denunciaron que en la locomoción pública un sujeto, en presencia de la madre oponente, le proporcionó a la niña un tarro de neoprene para aspirar.

5. Tras la denuncia anterior, por resolución judicial de marzo de 2021, se dispuso el ingreso de la niña a un hogar proteccional y su hermano fue ingresado a una residencia CONIN dadas las deficientes condiciones de salud en las que nació.

6. La madre oponente fue reconocida por su padre el abuelo paterno de la niña sólo una vez iniciada la causa de susceptibilidad de adopción. Ha sido expuesta desde su temprana infancia a vulneraciones, lo que ha gatillado intentos de suicidio y un estado disociativo que le impide percibir las necesidades de su hija y constituirse en un rol de protección. Sus habilidades parentales son irrecuperables.

6. La dupla social de la residencia intentó trabajar con los oponentes, quienes no adhirieron a los procesos. La madre se presentó en deficientes condiciones al centro, siendo asistida por la dupla social con la finalidad de proveerle alimentación.

7. A la madre se le derivó al Centro de Salud Familiar Aviador Acevedo de Quilpué y no adhirió al tratamiento. Carece de un repertorio emocional que le permita conectar con su hija. Durante la tramitación de la causa mantuvo un rol pasivo, acomodándose a la situación de

internación de su hija y proyectando el egreso no con ella, sino que delegando el cuidado en el abuelo materno, quien tampoco pudo hacerse cargo de su propia hija. Se presentó en deficientes condiciones físicas en dependencias del tribunal en el desarrollo de las distintas audiencias de juicio, en las que incluso se quedaba dormida.

8. En relación con el abuelo materno, don T. C., reconoció a su hija la madre oponente recién en el mes de junio de 2022, cuando ya se había iniciado la causa de declaración de susceptibilidad. Fue evaluado deficientemente, porque no es capaz de empatizar con las necesidades de la niña y no problematiza la dinámica de violencia en la que vive; además, presenta un consumo abusivo de alcohol, que no reconoce. Desde la residencia no pudieron trabajar con él ya que nunca hubo continuidad ni regularidad en las visitas, luego propuso a miembros de la comunidad gitana para que se hicieran cargo de la niña, sin un interés real de su parte en la niña, sino que más bien interesado sólo en que L. permaneciera en la comunidad gitana. Fue derivado por la residencia a la Municipalidad de Quilpué, a fin de ser asistido materialmente.

9. La niña rechaza el idioma romané. Hace más de un año que no es visitada por su familia, Solo la visita semanalmente su curadora.

10. No fue posible trabajar con otros familiares e integrantes de la comunidad gitana, porque no problematizan las vulneraciones a las que fue expuesta la niña. Las personas sugeridas por el abuelo oponente presentan competencias parentales muy descendidas y no tuvieron interés en trabajar e iniciar un proceso de intervención en aquellas competencias.

Sobre la base de tales hechos y teniendo presente que se configuró una causal de inhabilidad parental severa, crónica y permanente de los oponentes, lo que hace presumir que a futuro no pueda proyectarse el egreso de la niña con su familia de origen dada la grave problemática que presenta, aunado a que no la han visitado durante más de un año, la sentencia impugnada decidió acoger la demanda y declarar a la niña susceptible de ser adoptada con la finalidad de resguardar su derecho a vivir en una familia que la quiera, y que satisfaga sus necesidades materiales y espirituales, lo que, lamentablemente, no puede proporcionarle su familia de origen.

Tercero: Que, como esta Corte ha señalado reiteradamente, la determinación de los hechos corresponde a una facultad que se ejerce exclusivamente en las instancias del fondo, sin que sea dable su revisión en esta sede, a menos que se denuncie y acredite el quebrantamiento de disposiciones que integran el sistema valorativo de la sana crítica. En la especie, se acusa infracción al artículo 32 de la Ley N° 19.968, que prescribe que la prueba debe apreciarse conforme a las reglas de la sana crítica, un concepto que compuesto de tres elementos: la lógica, conformada por "reglas universales establecidas y permanentes en el tiempo propias de la razón humana y que conducen a una conclusión o, en lo fundamental, a la emisión de un juicio", cuyos principios son, los siguientes: de identidad (una cosa solo puede ser igual a sí misma), de contradicción (una cosa no puede ser explicada por dos proposiciones contrarias entre sí), de razón suficiente (las cosas existen y son conocidas por una causa capaz

de justificar su existencia), y de tercero excluido (si una cosa únicamente puede ser explicada dentro de una de dos proposiciones alternativas, su causa no puede residir en una tercera proposición ajena a las dos precedentes), sin agotar con ello, en todo caso, los parámetros lógicos que deben guiar la construcción epistémica probatoria. En segundo lugar, por las máximas de experiencia o "reglas de la vida", entendiendo por tales, según la doctrina, "definiciones o juicios hipotéticos de contenido general, desligados de los hechos concretos que se juzgan en el proceso, procedentes de la experiencia, pero independientes de los procesos particulares de cuya observación se han inducido y que, por encima de esos casos, pretenden tener validez para otros nuevos" (STEIN, Friedrich; El conocimiento privado del juez, Editorial Temis, Bogotá, 2ª edición, 1999, p. 27). Y, por último, por los conocimientos científicamente afianzados, que son los saberes proporcionados por las ciencias y las técnicas (artes y oficios reputados), que surgen luego de operaciones metódicas estandarizadas, cuyos resultados son verificables y susceptibles de refutación. Además, ha sostenido insistentemente, que sólo la judicatura del fondo se encuentra facultada para fijar los hechos de la causa, sin que sea dable su revisión en esta sede, a menos que se denuncie, de la manera indicada, el quebrantamiento de disposiciones que integran el sistema valorativo de la sana crítica.

Luego, para que prospere un recurso de casación en el fondo que se basa en la incorrecta aplicación de la citada disposición, que autorizaría alterar los hechos asentados en la sentencia que se impugna, es menester que se indique cuál de los elementos que componen el referido sistema de valoración de la prueba fue infringido; causal 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 indica el artículo 32 de la Ley N° 19.968.

En la especie, si bien se acusa infracción al artículo 32 de la Ley N° 19.968, en relación a infracción a las máximas de la experiencia, por haberse desconocido que el pueblo gitano tiene costumbres distintas a las de la cultura chilena, lo cierto es que la sentencia impugnada acogió la demanda de susceptibilidad de adopción tras establecer que existió un cuidado negligente de la niña, no por vivir en un campamento o caminar descalza, sino que por haber sido víctima de maltrato por parte de su madre, ser expuesta al consumo de neoprene en su infancia temprana, no tener sus controles de salud al día, entre otras, y por no recibir visitas por el periodo de un año.

En el mismo sentido, tampoco se configura la infracción del artículo 32 de la Ley N° 19.968, fundada en la omisión de los conocimientos científicamente afianzados, que exigen a la residencia trabajar y desarrollar programas específicos con la familias oponente, porque tal como se estableció por la judicatura del fondo, los oponentes no adhirieron a los programas y atendida la irregularidad de sus visitas, así como las deficientes condiciones en las que se presentaron a la residencia, imposibilitó desarrollar algún plan de acción con ellos. Además, las personas propuestas por el abuelo materno no demostraron interés en fortalecer sus

habilidades parentales y tampoco problematizaron las vulneraciones de derechos a que fue expuesta la niña.

De este modo, la crítica se concentra en el proceso de valoración, de cuyo resultado disienten, pero, al no haber acreditado la vulneración a las reglas que componen el sistema de la sana crítica, no será posible acoger el capítulo de casación alegado.

Cuarto: Que de conformidad a lo establecido en el artículo 1 de la Ley N° 19.620, la institución de 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 pueden ser proporcionados por su familia de origen. Del tenor del artículo 15 de la misma ley, se advierte 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 emitirse una vez que se hubiere determinado que es imposible decretar otras medidas para mantenerlo en ella. El artículo 8 del Reglamento respectivo reitera dicho criterio, pues indica que solo debe darse en adopción cuando se haya verificado que la familia no puede procurarle los cuidados tendientes a satisfacer sus requerimientos de todo orden. Conforme dicho contexto normativo, no cabe duda de que los principios esenciales que la informan son el de la "subsidiariedad" y el de la "prioridad de la familia biológica".

Sin embargo, en el caso de autos, como se consignó en la sentencia impugnada, la madre y el abuelo materno no adhirieron a los programas a los que fueron derivados y ningún miembro de la familia extensa manifestó estar en condiciones de asumir los cuidados de la niña, atendido los hechos que se tuvieron por acreditados, por lo que se hizo lugar a la solicitud formulada como solución alternativa a la institucionalización permanente, y con la finalidad de dar cumplimiento a los objetivos buscados con la ley de adopción.

Quinto: Que, en lo concerniente a las otras normas acusadas vulneradas, corresponde considerar que la declaración de susceptibilidad de adopción procede sea que el niño tenga o no su filiación determinada, cuando el padre, madre o las personas a quienes se ha confiado su cuidado se encuentran en alguna de las situaciones que señalan los números 1, 2 y 3 del artículo 12 de la Ley N° 19.620, a saber, 1) inhabilidad física o moral para ejercer el cuidado personal, de conformidad con el artículo 226 del Código Civil, que debe concordarse con el artículo 42 de la Ley de Menores, que prescribe que debe entenderse como tal, 1° cuando están incapacitados mentalmente; 2° cuando padecen de alcoholismo crónico; 3° cuando no velaren por la crianza, cuidado personal o educación; 4° cuando consintieren en que el hijo se entregue en la vía o en los lugares públicos a la vagancia o a la mendicidad, ya sea en forma franca o a pretexto de profesión u oficio; 5° cuando hubieren sido condenados por secuestro o abandono de menores; 6° cuando maltrataren o dieran malos ejemplos al niño; 7° cuando su permanencia en el hogar constituye un peligro para su moralidad; y 8° cuando cualesquiera otras causas coloquen al niño en peligro moral o material; 2) falta de atención personal o económica durante el plazo de dos meses, si es de edad inferior a un año, es de treinta días; y

3) entrega del niño por parte de quienes lo tienen a su cuidado a una institución pública o privada de protección de menores o a un tercero, con ánimo manifiesto de liberarse de sus obligaciones legales; ánimo que se presume cuando se abandona al niño en la vía pública, en lugar solitario o en recinto hospitalario; cuando la mantención del niño a cargo de la institución o del tercero no obedezca a una causa justificada, que la haga más conveniente para los intereses del niño que el ejercicio del cuidado personal por el padre, la madre o las personas a quienes se haya confiado su cuidado; y cuando dichas personas no lo visitan por lo menos una vez durante el plazo de dos meses, que es de treinta días cuando tiene menos de un año.

Sexto: Que, en consecuencia, y considerando los hechos que se consignan en el motivo tercero de este fallo, que permiten colegir que a la madre y al abuelo materno les afecta la causal de inhabilidad del artículo 12 N° 1 de la Ley N° 19.620, al no haber velado en la forma debida por la crianza y cuidado personal de la niña, así como la causal del N° 2, por no haberle proporcionado atención personal o económica durante cerca de un año; por lo que se debe concluir que la sentencia impugnada no incurrió en los yerros que se denuncian en el recurso.

Séptimo: Que, en lo que respecta a la infracción al artículo 15 de la Ley N° 19.620, debe ser rechazada, atendido los presupuestos fácticos consignados en el motivo segundo y los razonamientos de que da cuenta el fundamento cuarto de esta sentencia.

Octavo: Que, en consecuencia, el recurso de casación en el fondo debe ser rechazado.

Por lo reflexionado y dispuesto, además, en los artículos 764, 765, 767 y 783 del Código de Procedimiento Civil, se rechaza, sin costas, el recurso de casación en el fondo deducido por los oponentes en contra de la sentencia dieciocho de julio de dos mil veintitrés, pronunciada por la Corte de Apelaciones de Valparaíso.

Pronunciado por la Cuarta Sala de la Corte Suprema integrada por los Ministros señoras Gloria Ana Chevesich R., Andrea Muñoz S., señor Diego Simpértigue L., y las abogadas integrantes señoras Pía Tavolarí G., y Leonor Etcheberry C.

32. Corte Suprema, 24 de noviembre de 2023, rol N° 161.604- 2023.

Medida de protección. Régimen de relación directa y regular. Hechos establecidos por los jueces del fondo son inamovibles. Violencia psicológica. Interés superior del niño, niña y adolescente. Cuidado personal proteccional. Intervención psicológica. Violencia intrafamiliar contra madre. Conductas sexualizadas del padre. Prohibición de acercamiento a la víctima.

Santiago, veinticuatro de noviembre de dos mil veintitrés.

Vistos:

En estos autos RIT P 10 2023, caratulados "F. G. ", seguidos ante el Juzgado de Familia de Coyhaique, por sentencia de catorce de marzo de dos mil veintitrés, se acogió el requerimiento proteccional solicitado por la madre en favor de la niña de iniciales S.F.G. y en consecuencia se dispuso que continúe la intervención psicológica con la profesional tratante del Centro Vínculos, por seis meses, hasta que el Ministerio Público se pronuncie sobre una derivación en particular y se decretó la prohibición de acercamiento de su progenitor por ciento veinte días. Apeló el padre requerido y una sala de la Corte de Apelaciones de Coyhaique, con fecha dieciséis de junio de dos mil veintitrés, la revocó en aquella parte en que se dispuso la medida de prohibición de acercamiento y en su lugar decretó la intervención psicológica del padre en el programa de prevención focalizada de la corporación Opción, con obligación de informar periódicamente para evaluar la modificación de la medida cautelar a fin de fortalecer el rol parental en pro del interés superior de la niña, por seis meses. Además, dispuso que la relación directa y regular sea en el lugar que más se adecúe a las necesidades de la niña, dos días a la semana, en compañía de un familiar de apego, por ciento veinte días. La confirmó en lo demás. En contra de dicha decisión la madre requirente y la curaduría ad litem dedujeron recursos de casación en el fondo que pasan a analizarse.

Se ordenó traer los autos en relación.

Considerando:

Primero: Que en ambos recursos se denuncia la infracción del artículo 7° de la Ley N° 21.430, porque revocar la sentencia de primera instancia en aquella parte en que dispuso la prohibición de acercamiento del padre y, en su lugar, regular el ejercicio de una relación directa y regular, vulnera el interés superior de la niña que presentó desde fines del año 2021 sintomatología al ser retirada por el padre; además, los informes del colegio dan cuenta que cuando inicia la semana estando en casa del padre llega más irritable y sensible; sostiene que el padre reconoció a la terapeuta que se baña con la niña y se acuesta desnudo con ella, por lo que no es recomendable que mantenga con ella una relación directa y regular. Indica que no se ponderó adecuadamente que existe una causa en actual tramitación en que una sobrina paterna acusó al padre de la niña de haberla abusado sexualmente, por lo que exponerla a mantener contacto con el padre es contrario a su interés superior.

En el recurso de la madre se denuncia que dicha medida infringe el derecho a la vida y a ser tratada con respeto, reconocidos en los artículos 24 y 36 de la Ley N° 21.430, porque se perpetúa su vulneración de derechos, se afecta su supervivencia y desarrollo; además, se le mantiene en contacto con quien ha sido sindicado como autor de delitos de abuso sexual y se la sitúa en una posición de vulnerabilidad y riesgo de malos tratos.

Luego, sostiene que se vulnera lo dispuesto en el artículo 30 de la Ley N° 16.698 en relación con los artículos 71 y 22 de la Ley N° 19.968, porque la Corte de Apelaciones no estaba facultada para fijar una relación directa y regular en un procedimiento proteccional.

Finalmente, alega la conculcación del artículo 32 de la Ley N° 19.968, porque pese a que la sentencia impugnada estableció que la niña ha sido vulnerada en sus derechos, que presenta una sintomatología que afecta su actual y futuro desarrollo, que el padre mantiene contumazmente un acercamiento físico a su hija "apego" inadecuado (dormir desnudos, bañarse desnudos en la tina, fotografiar y realizar videos de su hija desnuda, en especial de su vulva y vagina), al no existir un ánimo lascivo no estimó que atente contra la indemnidad sexual de la niña y con ello omite referirse a la causa en tramitación en que lo denunció la sobrina y tampoco se hace cargo de los videos.

Por su parte, en el recurso de la curaduría ad litem se denuncia la infracción de los artículos 3.1, 4° y 7° de la Ley N° 21.430 porque la sentencia no realiza un ejercicio de determinación del interés superior de la niña. Luego, alega la conculcación de los artículos 76 y 83 de la Constitución Política de la República, porque la sentencia impugnada cuestiona a la de primera instancia no dejar asentada la efectividad de los hechos en que habría incurrido el padre, olvidando que aquello es competencia de los tribunales penales. Por los mismos argumentos estima infringidos los artículos 14 c) y 18 del Código Orgánico de Tribunales.

A continuación, esgrime la infracción del artículo 36 de la Ley N° 21.430, al omitir dar protección a la niña, pese a toda la prueba rendida que da cuenta de las agresiones de que es víctima por parte de su padre.

Sostiene que la decisión de ordenar el ingreso del padre a un PPF atenta contra el artículo 3° de la Ley N° 21.302, toda vez que dichos programas están orientados a la infancia.

Por lo anterior, solicitan se acojan sus recursos de casación en el fondo, se invalide la sentencia impugnada y se dicte la correspondiente de reemplazo que confirme la de primera instancia.

Segundo: Que la judicatura del fondo tuvo por acreditados los siguientes hechos:

1. Las partes son progenitores de una niña de cuatro años y seis meses de edad, a la época de la sentencia de primera instancia.
2. Los padres no presentan anotaciones pretéritas en su extracto de filiación y antecedentes.
3. La madre de la niña ha tenido intervención y apoyo psicológico de manera intermitente desde el año 2019. El motivo inicial de consulta fue "Período de angustia intensa por dificultades en la relación de pareja y como padres en la crianza de la hija en común". Inició la atención psicológica mientras mantenía la convivencia con el señor F., dando cuenta de

relaciones de elevado conflicto que luego del nacimiento de la niña fueron más críticas, aseverándose que la madre era objeto de violencia emocional.

4. Los padres ejercieron el cuidado de la niña de consuno, hasta que se produjo la separación en marzo de 2021. Tras lo cual acordaron un régimen de cuidado compartido.

5. Desde agosto del año 2021 trabajaron como familia junto a la psicóloga, a instancias de la madre quien visualizaba sintomatología en la niña cuando se producía el cambio de domicilio, apareciendo llanto, dolor de estómago y diarrea. Se indicó por la profesional que se flexibilizaran las visitas considerando el estado emocional de la niña.

En el año 2022 se aplicó el Test de Apercepción Temática Infantil (CATA) donde aparecen ansiedades en relación a separaciones continuas con la figura materna y paterna; hay temor al enojo de sus padres; indica que la niña está inconscientemente pendiente de las necesidades de sus padres y su adaptación a ellas lo que podría reforzar su tendencia a la sobre madurez y autoexigencia, ocultando sus aspectos más infantiles. Se sugirió que la niña siga con apoyo de psicóloga y que el padre también tenga un apoyo psicoterapéutico para principalmente diferenciar sus necesidades de las de su hija.

6. El padre inició una intervención psicológica el 27 de enero de 2023, se realizó una evaluación de personalidad, indicándose que, concluida la etapa diagnóstica, se iniciaría la terapia psicológica.

7. La niña en febrero de 2023 fue examinada por la pediatra que realiza sus controles desde los siete meses de edad. Sus vacunas están a día, con buen desarrollo para su edad. En junio de 2022 se le consultó por el comportamiento de la niña con relación al régimen de visitas acordado con el padre, ya que la niña ha experimentado cambios emocionales evidentes cuando se traslada a la casa del padre tales como crisis de llanto, gritos, incontinencia urinaria y fecal; la pediatra informó que estos síntomas son atribuibles a conductas regresivas en el desarrollo psicomotor y emocional secundarias al estrés ambiental de la dinámica familiar existente y a la amenaza percibida por la menor al separarse de su figura primaria de apego (su madre). La última atención de la niña fue en enero de 2023, para evaluar el estado general y porque presentó prurito vulvar recurrente.

8. La niña asiste a Play Group del colegio P. y presenta un desempeño esperado a su edad. Al finalizar el año escolar, se citó a una entrevista de cierre a la que sólo asistió la madre, pero posteriormente y de manera extraordinaria se hace una reunión a la que asisten ambos padres donde se da a conocer las actitudes de la niña cuando inicia la semana con el padre, mostrándose irritable y sensible, con mucho llanto, a diferencia de cuando inicia la semana con la madre; se pregunta por el padre sobre la frecuencia de esos cambios y se le responde que son los primeros días de la semana. En esa ocasión, la madre menciona que la niña está con psicólogo.

9. La psicóloga que atiende a la niña informó que el exceso de cercanía corporal puede confundir a la niña sobre estimular su curiosidad sexual y traer consecuencias negativas para su desarrollo.

10. La niña fue vulnerada en sus derechos por la conflictiva tras la separación.

11. El progenitor requerido reconoce conductas de apego y de desenvolvimiento tendientes a desvirtuar tabúes que sobre la desnudez se puedan presentar en la niña, como modelo de crianza. Existe un constante apego físico corporal con la niña en el desenvolvimiento de lo cotidiano que resultan ser poco aconsejables para el adecuado desarrollo de su hija.

Sobre la base de tales antecedentes la sentencia impugnada razonó que la vulneración en el escenario de la conflictiva relacional de los padres no permite sostener la prohibición de acercamiento del progenitor. Sin perjuicio de lo anterior, razonó que habiéndose detectado una vulneración de derechos por conductas del padre que amenazan su desarrollo equilibrado acorde a su edad y etapa de crecimiento, evidenciándose ya una sintomatología ansiosa que proviene desde la separación de los padres en 2021 y persiste acentuándose durante los días que permanece en el hogar paterno, surge la necesidad de disponer una medida de protección para dar cuidado, protección y seguridad a la niña, en relación a su bienestar físico, mental y espiritual, considerando el escenario familiar y particularmente la actitud del requerido, quien reconoce algunas de las conductas, pero las priva de un ánimo lascivo y sexual, pero no las modifica, por lo que mientras no se oriente su actuar en tal sentido, estimó adecuado, por ahora, impedir que ejerza los cuidados personales que de consuno compartía con la madre, regulando un régimen de relación directa y regular provisoria.

Tercero: Que, como esta Corte ha señalado reiteradamente, la determinación de los hechos corresponde a una facultad que se ejerce exclusivamente en las instancias del fondo, sin que sea dable su revisión en esta sede, a menos que se denuncie y acredite el quebrantamiento de disposiciones que integran el sistema valorativo de la sana crítica. En la especie, se acusa infracción al artículo 32 de la Ley N° 19.968, que prescribe que la prueba debe apreciarse conforme a las reglas de la sana crítica, un concepto compuesto de tres elementos: la lógica, conformada por "reglas universales establecidas y permanentes en el tiempo propias de la razón humana y que conducen a una conclusión o, en lo fundamental, a la emisión de un juicio", cuyos principios son, los siguientes: de identidad (una cosa solo puede ser igual a sí misma), de contradicción (una cosa no puede ser explicada por dos proposiciones contrarias entre sí), de razón suficiente (las cosas existen y son conocidas por una causa capaz de justificar su existencia), y de tercero excluido (si una cosa únicamente puede ser explicada dentro de una de dos proposiciones alternativas, su causa no puede residir en una tercera proposición ajena a las dos precedentes), sin agotar con ello, en todo caso, los parámetros lógicos que deben guiar la construcción epistémica probatoria. En segundo lugar, por las máximas de experiencia o "reglas de la vida", entendiendo por tales, según la doctrina, "definiciones o juicios hipotéticos de contenido general, desligados de los hechos concretos que se juzgan en el proceso, procedentes de la experiencia, pero independientes de los procesos particulares de cuya observación se han inducido y que, por encima de esos casos, pretenden tener validez para otros nuevos" (STEIN, Friedrich; El conocimiento privado del juez, Editorial Temis, Bogotá, 2ª edición, 1999, p. 27). Y por último, por los conocimientos

científicamente afianzados, que son los saberes proporcionados por las ciencias y las técnicas (artes y oficios reputados), que surgen luego de operaciones metódicas estandarizadas, cuyos resultados son verificables y susceptibles de refutación.

Luego, para que prospere un recurso de casación en el fondo que se basa en la incorrecta aplicación de la citada disposición, que autorizaría alterar los hechos asentados en la sentencia que se impugna, es menester que se indique cuál de los elementos que componen el referido sistema de valoración de la prueba fue infringido; causal 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 indica el artículo 32 de la Ley N° 19.968.

Además, se ha sostenido insistentemente, que sólo la judicatura del fondo se encuentra facultada para fijar los hechos de la causa, sin que sea dable su revisión en esta sede, a menos que se denuncie, de la manera indicada, el quebrantamiento de disposiciones que integran el sistema valorativo de la sana crítica.

Pues bien, a juicio de los recurrentes se infringió el artículo 32, por las razones anotadas en el motivo primero; sin embargo, como se advierte, incumplen la exigencia a que se ha hecho referencia, lo que conduce a la conclusión que el reproche no parece apuntar a una verdadera vulneración a las reglas de la sana crítica, sino a una perspectiva distinta acerca de la ponderación de la prueba, cuestión que, si bien resulta legítima, no configura el vicio que se pretende, desde que es atribución privativa de la judicatura de fondo la apreciación de los medios probatorios y sólo puede invalidarse el fallo si se acredita una infracción a dichas reglas, lo que no ocurre en la especie. En tal sentido, es pertinente tener en consideración que sólo la judicatura de fondo se encuentra facultada para fijar los hechos de la causa y que, efectuada correctamente dicha labor, esto es, con sujeción a las denominadas normas reguladoras de la prueba atinentes al caso en estudio, resultan inalterables para este tribunal, conforme lo previsto en el artículo 785 del Código de Procedimiento Civil, no siendo posible su revisión por la vía de la nulidad que se analiza sin que se haya demostrado infracción de las mismas.

Cuarto: Que, en cuanto a la alegación de haberse fallado vulnerando el interés superior de la niña consagrado en los artículos 16 de la Ley N° 19.968 y 7 de la Ley N° 21.430, por mantener su vinculación el padre, tal alegación se aparta de los hechos establecidos por la legislatura del fondo, porque no es efectivo que se encuentre acreditado que abusó sexualmente de su hija; sino que, por el contrario, la sentencia impugnada establece que la vulneración de derechos de la niña es producto de la conflictiva separación de sus padres. Y, en cuanto a las conductas reprochadas al progenitor, la sentencia razona que no existen antecedentes en este estadio procesal para establecer la existencia de un presunto delito de abuso sexual, materia que está siendo conocida por los tribunales penales, y luego razona sobre la proporcionalidad de las medidas a adoptar, esto es, que mantener el cuidado personal en la madre y fijar una relación directa y regular con el padre en casa de la madre y con

supervisión de terceros , permite resguardar los derechos de la niña en orden a resguardar su adecuado desarrollo y mantener la vinculación con aquél.

Quinto: Que, en consecuencia, sobre la base de los hechos establecidos de manera inamovible en el fallo, debe colegirse que la decisión es producto de una correcta aplicación de las normas sustantivas atinentes a la materia que se trata, al disponer que como medida de protección para la niña, que se vincule con su padre en el hogar materno y en presencia de terceros, considerando para aquello que la vulneración de sus derechos se deriva de la conflictiva separación de los padres y que éste debe modificar la forma de relacionarse con ella en cuanto a la cercanía física.

Por estas consideraciones y visto, además, lo dispuesto en los artículos 764, 765, 767 y 783 del Código de Procedimiento Civil, se rechaza el recurso de casación en el fondo deducido por la madre requirente y la curaduría ad litem contra la sentencia de dieciséis de junio de dos mil veintitrés, dictada por una sala de la Corte de Apelaciones de Coyhaique.

Regístrese, notifíquese y comuníquese.

Pronunciado por la Cuarta Sala de la Corte Suprema por los Ministros señora Andrea Muñoz S., señor Diego Simpértigue L., ministra suplente señor Dobra Lusic N., y los abogados integrantes señor Héctor Humeres N. y señora Leonor Etcheberry C. No firma la Ministra señora Muñoz y la abogada integrante señora Etcheberry, no obstante haber concurrido a la vista y al acuerdo de la causa, por estar con permiso la primera y por estar ausente la segunda. Santiago, veinticuatro de noviembre de dos mil veintitrés.

33. Corte Suprema, 1 de diciembre de 2023, rol N° 133.295-2023

Medida de protección. Interés superior del niño, niña y adolescente. Cuidado personal proteccional. Correcta aplicación del derecho. Cuidado personal otorgado al padre. Parentalización instrumental. Interés superior del niño, niña y adolescente.

Santiago, uno de diciembre de dos mil veintitrés.

Vistos:

En autos RIT P-186-2022 del Juzgado de Familia de Arica, caratulados “D.”, por sentencia de veinticuatro de marzo de dos mil veintitrés, se acogió el requerimiento de medida de protección presentado por el progenitor en favor de los hermanos E. y B.; se le entregó su cuidado personal proteccional por el plazo de un año y, además, se dispuso incorporarlos en un programa de reparación por maltrato y/o abuso grave en el domicilio de aquel, por igual plazo.

La curadora ad litem recurrió de casación en la forma y de apelación; la madre dedujo recurso de apelación, y una de las salas de la Corte de Apelaciones de Arica, por sentencia de nueve de junio de dos mil veintitrés, tras rechazar la nulidad formal, confirmó la sentencia.

En contra de dicho fallo, la madre requerida y la curadora ad litem dedujeron recursos de casación en el fondo, solicitando se lo invalide y se dicte el de reemplazo que revoque la de primera instancia y disponga que el cuidado de ambos niños lo ejercerá la madre.

Se ordenó traer los autos en relación.

Considerando:

Primero: Que, en ambos recursos de nulidad, luego de hacer referencia a los antecedentes de la causa, se denuncia infringido el artículo 16 de la Ley N° 19.968, porque la sentencia impugnada solo se refiere a la opinión del mayor de los hermanos sin hacer alusión a lo expresado por la niña, quien en audiencia reservada habría manifestado que desea seguir viviendo con la madre.

En el arbitrio de nulidad de la curaduría ad litem se alega que lo anterior, además, vulnera lo dispuesto en el artículo 69 de la Ley N° 19.968, porque la sentencia no explica cómo tomó en consideración la opinión de la niña.

En el recurso de la madre requerida, se denuncia la infracción del artículo 74 de la Ley N° 19.968, porque no se acreditó ninguna circunstancia que amerite un cambio de cuidador. Sostiene que la progenitora durante todo el procedimiento desplegó conductas necesarias de autocuidado para ella y sus hijos; refiere que la madre asiste a la unidad de salud mental del Centro de Salud Familiar, lo que le ha permitido modificar aquellas observaciones de crianza y cuidado que le fueron representadas en el fallo recurrido.

Por lo expuesto, solicitan se acojan sus arbitrios de nulidad, se invalide el fallo impugnado y se dicte el correspondiente de reemplazo que revoque la sentencia de primera instancia y en su lugar ordene que el cuidado personal proteccional de los niños sea ejercido por la madre.

Segundo: Que la judicatura del fondo estableció los siguientes hechos:

1.- Las partes son progenitores de dos hijos. El mayor nació el NUM000 de 2010 y la menor el NUM001 de 2014.

2.- El niño fue diagnosticado con obesidad mórbida, esteatosis hepática grado 2, resistencia insulínica, con insulina basal y post basal elevada, colesterol en 205 mg. Fue diagnosticado con déficit atencional e hiperactividad, trastorno oposicionista desafiante, trastorno específico de aprendizaje, y dislalia. En cuanto a la evaluación de problemas de conducta se sitúa en un índice “moderadamente grave” a escala global, presenta conductas impulsivas y parentalización instrumental. Manifiesta sentimientos de angustia en la relación con su madre, parentalización por hacerse cargo de la alimentación y aseo de su hermana menor, síntomas ansiosos y depresivos de origen adaptativo. Ha manifestado reiteradamente querer vivir con su padre.

3.- La niña fue diagnosticada con trastorno conductual reactivo a disfunción familiar, trastorno del habla, de déficit atencional e hiperactividad, hipoacusia del oído izquierdo y dislalia de “R”. Una radiográfica dental de julio de 2021 da cuenta de dieciocho observaciones a su dentadura en múltiples piezas dentales. En el aspecto psicológico, tiene un desarrollo disarmónico entre las diferentes habilidades cognitivas evaluadas, su nivel de independencia general es de tres años once meses y el rango instructivo es de dos años cinco meses a cinco años cinco meses. En cuanto a la evaluación de problemas de conducta, se sitúa en un índice extremadamente grave a escala global, por lo que el grado de servicio que requiere es de nivel tres, que implica una intensa atención a la persona y/o constante supervisión. En febrero de 2002 presentó un cuadro de desregulación emocional con episodios de descontrol de impulsos que requiere intervención psicoterapéutica.

4.- Existe dependencia de la niña hacia su hermano y un sentido de responsabilidad de éste hacia aquella.

5.- La madre requerida no demostró haber realizado acciones concretas y determinadas para abordar los problemas de salud que aquejan a su hijo, los que se han generado estando a su cuidado exclusivo. Tampoco demostró que haya buscado la intervención de especialistas médicos para atender los múltiples diagnósticos de ambos hijos, o de terapeutas, o la realización de algún examen médico prescrito por un profesional. Solo se ha movilizado tomando acciones para pretender solucionar algunas situaciones vulneradoras de derechos, especialmente en el ámbito doméstico, como lo es la contratación de un tercero que oficie como cuidador o encargado del aseo del hogar.

6.- En audiencia reservada el niño impresionó por su evidente sobre peso; se refirió a algunas situaciones en tercera persona y evidenció preocupación por lo que pueda afrontar su hermana en el ámbito familiar. Mientras que la niña se refirió en buenos términos a ambos progenitores, justificó las acciones de su madre y dio cuenta de acciones de cuidado que son asumidas por su hermano.

Sobre la base de dichos presupuestos fácticos, se concluyó ambos niños han sido vulnerados en sus derechos por su madre, en especial aquellos consagrados en los artículos 24 y 25 de la

Ley N°21.430 ya que el proceder negligente ha significado un incumplimiento de su deber preferente de cuidar de la crianza y desarrollo de su hijo para proporcionarle, dentro de sus posibilidades, las condiciones de vida que sean necesarias para su pleno desarrollo y para la protección de su interés superior, por lo que acogió el requerimiento.

Luego, razonó que la vulneración de derechos del mayor de los hermanos es más grave que la de su hermana y requiere alterar su cuidado personal, y, atendido a que ambos tienen un vínculo de dependencia y cuidado, dispuso que el cuidado proteccional de ambos lo ejercerá el padre por el plazo de un año.

Además, ordenó que ambos niños sean incorporados en un programa de reparación por maltrato y/o abuso grave por igual plazo, en el domicilio del padre requirente.

Tercero: Que tal como esta Corte ha referido reiteradamente, entre otras en causas Rol N° 44.252-2017, en los juicios sobre materia de familia debe tenerse en consideración que el interés superior del niño y adolescente constituye un principio fundamental para adoptar cualquier decisión que les afecte su vida.

Tal concepto, debe ser entendido en la triple dimensión que le otorga la Observación General N° 14 del Comité de los Derechos del Niño de la Naciones Unidas, esto es, como derecho, como principio y como norma procesal, lo que significa que debe asignársele un perfil de contenido sustantivo; otro de carácter interpretativo; y uno de naturaleza procesal.

De esta manera, el principio del interés superior se constituye como un parámetro que se comporta como norma de fondo y exigencia procesal, en cuanto obliga al tribunal a reconocer como superiores ciertos elementos que lo integran, entre ellos, la opinión de niños y adolescentes.

Tal elemento corresponde a una cuestión que no sólo emana de la noción de interés superior, sino que se trata de una prerrogativa expresamente reconocida por nuestra legislación, desde que el derecho a ser oído, en relación con el reconocimiento a su autonomía progresiva y a la obligación de ser considerada su opinión, integran el derecho a un debido proceso, y, además, constituyen criterios sustantivos que permiten configurar, en lo concreto, el principio antes referido.

En efecto, la Convención Sobre los Derechos del Niño, en su artículo 12 contempla el derecho del niño que está en condiciones de formarse un juicio propio, a expresar su opinión libremente en todos los problemas que lo afecten, debiendo tenerse en cuenta sus opiniones en función de su edad y madurez. Se añade que, a tal fin, se le dará la oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que le afecte.

Este reconocimiento, plasmado de modo imperativo en la convención indicada, ha sido recogido, además, en nuestra legislación interna, específicamente en el artículo 16 de la Ley N° 19.968 sobre Tribunales de Familia, en cuanto principio rector del contencioso de familia, al disponer que, en lo que interesa: “Esta ley tiene por objetivo garantizar a todos los niños, niñas y adolescentes que se encuentren en el territorio nacional, el ejercicio y goce pleno y efectivo de sus derechos y garantías. El interés superior del niño, niña o adolescente, y su

derecho a ser oído, son principios basales que los juzgadores que actúen en materia de familia deben siempre considerar de materia privilegiada y principal en la resolución del asunto sometido a su conocimiento”.

Cuarto: Que, en lo que respecta a la aplicación del artículo 16 de la Ley N° 19.968, esta Corte ha señalado en forma reiterada, en los autos Rol 124-2015, 41.051-2016, 1.732-2017, 8.663-2018, 21.293-19 y 22.883-19, entre otros, que el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño, refrendado por el mencionado artículo 16, inciso segundo, de la Ley N° 19.968, impone a la judicatura la obligación de oír a los niños, niñas y adolescentes durante el desarrollo de los procedimientos que afecten su vida e intereses, de manera de hacer efectivo su derecho a manifestar sus deseos y sentires de manera libre, y a que sean tomados en cuenta al momento en que se resuelva el asunto que les incumbe; garantía que se relaciona directamente con el principio de la autonomía progresiva, conforme al cual deben ser considerados como sujetos de derechos humanos y civiles, lo que importa que al estar en las condiciones que indica la disposición debe necesariamente escuchárseles, estableciendo una comunicación con ellos. De manera que, si bien tales opiniones no son vinculantes al momento de adoptar la decisión, lo cierto es que sí constituyen uno de los criterios que, de acuerdo a la legislación, deben ser valorados, como ocurrió en el caso, en que no sólo se cumplió con la obligación en comento, sino que las consideró al momento de resolver, ya que además de consignar que se realizó la audiencia reservada con ambos niños, se dejó constancia de aspectos relevantes a la hora de ponderar sus dichos.

En este sentido, de una atenta lectura del considerando noveno del fallo de primera instancia, reproducido por el impugnado, se constata que la judicatura del fondo expone los dichos de ambos niños y luego pondera no sólo estos, sino que el comportamiento de aquellos durante la diligencia. Luego, en el basamento décimo, tras referir que ambos niños han sido vulnerados en sus derechos, razona que es más grave la situación del hermano menor, quien requiere un cambio de cuidador para protegerlo y, en atención al vínculo existente entre ambos, dispone no separarlos, por lo que no se vulneró la norma denunciada.

Quinto: Que, en consecuencia, sobre la base de los hechos establecidos de manera inamovible en el fallo, debe concluirse que la decisión es producto de una correcta aplicación de las normas sustantivas cuya vulneración se acusa, en particular de lo previsto en el artículo 74 de la Ley 19.968, así como en su artículo 16, puesto que se acogió el requerimiento proteccional tras dar por acreditado que ambos niños sufrieron vulneraciones a sus derechos mientras se encontraban al cuidado de su madre, que importaron un riesgo para su integridad física y psicológica, lo que condujo a estimar como estrictamente necesario trasladar transitoriamente su cuidado al otro progenitor, a fin de garantizar su indemnidad física y psicológica, en tanto se efectúan las terapias e intervenciones decretadas.

Sexto: Que, atendido lo expuesto, concurriendo los presupuestos establecidos en la legislación para adoptar una medida de protección en favor de los niños afectados por la

vulneración de derechos establecida, los recursos deducidos por la parte requerida y por la curaduría ad litem deben ser necesariamente desestimados.

Por estas consideraciones y visto, además, lo dispuesto en los artículos 764, 765, 767 y 783 del Código de Procedimiento Civil, se rechazan los recursos de casación en el fondo deducidos contra la sentencia dictada por una sala de la Corte de Apelaciones de Arica el nueve de junio de dos mil veintitrés.

Sin perjuicio de lo resuelto, el Juzgado de Familia de Arica deberá fijar audiencia a la mayor brevedad posible para determinar la forma en que se desarrollará la relación directa y regular de los niños con su madre.

Regístrese y devuélvase. Rol N° 133.295-23

Pronunciado por la Cuarta Sala de la Corte Suprema integrada por los Ministros señoras Gloria Ana Chevesich R., Andrea Muñoz S., María Cristina Gajardo H., y los abogados integrantes señora Pía Tavorarí G., y señor Raúl Patricio Fuentes M. No firman los Abogados Integrantes señora Tavorari y señor Fuentes, no obstante haber concurrido a la vista y al acuerdo de la causa, por estar ambos ausentes. Santiago, uno de diciembre de dos mil veintitrés.

34. Corte Suprema, 1 de diciembre de 2023, rol N° 36.983-2023

Régimen de relación directa y regular. Suspensión. Manifiesta falta de fundamento Crítica a la ponderación de la prueba Interés superior del niño, niña y adolescente. Abuela paterna No denuncia el quebrantamiento o desatención de concreta regla de la sana crítica.

Santiago, uno de diciembre de dos mil veintitrés.

Vistos y teniendo presente:

Primero: Que, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 782 del Código de Procedimiento Civil, se ha ordenado dar cuenta del recurso de casación en el fondo deducido por la parte demandante contra la sentencia dictada por la Corte de Apelaciones de Santiago, que revocó la de primera instancia, desestimó la demanda de suspensión de régimen de relación directa y regular, manteniendo el regulado en el proceso C-5326-2020, del Tercer Juzgado de Familia de esta ciudad, el que deberá retomarse de manera progresiva.

Segundo: Que la recurrente reclama infracción a los artículos 16 y 32 de la Ley N° 19.968, 3 y 7 de la ley 21.430, explica que la sentencia impugnada revocó la de primera instancia, arribando a conclusiones que nada tienen que ver con lo probado efectivamente, asumiendo criterios sesgados en cuanto a la participación de la madre en el cumplimiento de un régimen comunicacional que involucra a otra adulta, quién ha utilizado este medio para ejercer violencia en contra de la demandante, sin miramientos a las consecuencias psicoemocionales que este actuar tiene para la niña de autos.

Hace presente que la judicatura no expresó los fundamentos para llegar a la conclusión, fundándose de manera explícita en prejuicios, atribuyendo un actuar artificioso y obstructor en la madre, sin dar cuenta de los medios probatorios y antecedentes de esta supuesta actitud de la progenitora.

Precisa que, estas infracciones influyen directamente en la sentencia, toda vez que mediante ese razonamiento, interpretación y ponderación se revoca una sentencia de suspensión del régimen de relación directa y regular, sin realizar una correcta aplicación del derecho.

Concluye que, resulta contrario a las reglas de la sana crítica, y deviene en una decisión arbitraria, basar su argumentación, en un criterio adulto céntrico con evidente sesgo y prejuicio donde no se justifica en ningún momento el beneficio en este caso de que la niña mantenga una relación con su abuela, aplicando de manera errada el interés superior del niño, transgrediendo su núcleo esencial, para justificar razonamientos estereotipados y reduccionismo sobre el bienestar, la familia y la identidad en la infancia.

Enfatiza que la demandada no asistió a la vista de la causa y que, además, la curadora *ad litem* fue de la opinión de suspender el régimen de relación directa y regular.

Solicita que se acoja el recurso de casación, se invalide la sentencia recurrida y se dicte una de reemplazo que describe.

Tercero: Que la sentencia impugnada dio por establecidos los siguientes hechos:

- 1.- El padre de la niña no ejerce una relación directa y regular con ésta, existiendo un proceso de re-vinculación en el Centro NEOFAM.
- 2.- No existen motivos calificados y justificados que constituyan un perjuicio “manifiesto” para el bienestar de la impúber que aconsejen suspender el régimen comunicacional existente con su abuela paterna.
- 3.- Existe una relación conflictiva entre los adultos que son partes en este juicio.
- 4.- La niña, de 6 años de edad, manifestó no querer retomar la relación directa y regular con la demandada.

Sobre la base de estos presupuestos fácticos la judicatura concluye que “... en síntesis, lo único que sí aparece de manifiesto de los antecedentes incorporados a esta causa, es que las diferencias y conflictos entre la madre de la menor y la abuela de ésta, así como entre los círculos de ambas -pareja e hija, respectivamente-, que se manifiestan justamente cuando se ejecuta el régimen de relación directa y regular fijado por el tribunal, terminan afectando emocionalmente a la menor de autos, quien naturalmente, para evitar verse inmersa en ese ambiente hostil, prefiere distanciarse de su abuela, como forma de rehuir la reiteración de episodios que le causan ansiedad y estrés.” Agregando que “...sin embargo, esta Corte no puede validar ni amparar lo anterior como solución y respuesta del órgano jurisdiccional, pues de ese modo, el ejercicio del derecho de la menor a mantener una relación directa y regular, en este caso con su abuela paterna, puede ser fácilmente coartado y obstaculizado por su madre, demandante de autos o bien por un tercero, por el sencillo expediente de perdurar e incrementar el nivel de conflictividad con aquélla. Dado que se trata de un derecho de la menor, la madre no puede crear o erigir barreras que injustificadamente limiten o dificulten su ejercicio, muy por el contrario, tiene el deber de permitir y facilitar el ejercicio de los derechos de su hija y desde luego, ello puede ser exigido por el órgano jurisdiccional y sancionada su desatención.

De esa manera, la solicitud de la demandante de cese de la relación directa y regular, así como la resolución que le da lugar, aparecen infundadas, pues ningún antecedente da cuenta de violencia física o psicológica de la demandada hacia o contra de la menor, o que la salida de la menor de su hogar con la demandada por breves períodos, sea al domicilio de ésta o a otro lugar, cree un riesgo de ser agredida o vulnerada en algún modo en sus derechos.” Rechazando la demanda y, atendido el tiempo transcurrido sin que la niña se relacione con su abuela, fija un régimen de acercamiento provisorio, para posteriormente mantener vigente el acordado en la causa C-5326-2020 del Tercer Juzgado de Familia de Santiago.

Cuarto: Que, como esta Corte ha señalado reiteradamente, la determinación de los hechos corresponde a una facultad que se ejerce exclusivamente en las instancias del fondo, sin que sea dable su revisión en esta sede, a menos que se denuncie y acredite el quebrantamiento de disposiciones que integran el sistema valorativo de la sana crítica.

En la especie, si bien se acusa infracción al artículo 32 de la ley N°19.968, en relación a la prueba rendida para desestimar la demanda, lo cierto es que la recurrente no desarrolla con precisión el modo en qué se produjeron las vulneraciones. De esta forma, como la crítica se concentra en la ponderación de la prueba efectuada, de cuyo resultado disiente, y al no haber

acreditado la conculcación de las reglas que componen el sistema de la sana crítica, no es posible alterar el marco fáctico de la decisión por medio de este mecanismo extraordinario y de derecho estricto.

Quinto: Que, en consecuencia, sobre la base de los hechos establecidos de manera inamovible en el fallo impugnado, debe concluirse que la decisión es producto de una correcta aplicación de las normas sustantivas que regulan la materia de que se trata, pues se rechazó la demanda en atención al interés superior del niño y los criterios contemplados en los artículos 229-2 y 229 del Código Civil.

Sexto: Que, en consecuencia, apareciendo que la sentencia recurrida da cuenta de un correcto ejercicio de subsunción de los hechos a las normas que regulan la materia de que se trata; el arbitrio debe ser desestimado, en esta etapa de tramitación, por adolecer de manifiesta falta de fundamento.

Por estas consideraciones y lo prevenido en los artículos 764, 765, 767, 772, 783 y 784 del Código de Procedimiento Civil, se **rechaza** el recurso de casación en el fondo deducido en contra de la sentencia de doce de septiembre de dos mil veintitrés.

Regístrese y devuélvase.

Nº 236.983-2023.-

35. Corte Suprema, 5 de diciembre de 2023, rol N° 244.312-2023.

Medida de protección. Crítica a la ponderación de la prueba Negativa a vacunarse No denuncia el quebrantamiento o desatención de concreta regla de la sana crítica Plan de vacunación obligatorio nacional. Recurso de casación en el fondo por errónea interpretación de la ley. (Derecho de familia)

Santiago, cinco de diciembre de dos mil veintitrés.

Vistos y teniendo presente:

Primero: Que, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 782 del Código de Procedimiento Civil, se ha ordenado dar cuenta del recurso de casación en el fondo deducido por la parte demandante contra la sentencia dictada por la Corte de Apelaciones de Valdivia, que, confirmó la de base que acoge requerimiento proteccional.

Segundo: Que la recurrente reclama la errónea interpretación de la ley, por infracción a los artículos 2°, 9 y 10 de la Ley número 21.430; artículos 19 N° 6 y 19 N°9 inciso final de la Constitución Política de la República. Y por otra, por afectación a los artículo 6° y 7° de la Carta Magna. Indica respecto de lo primero, esto es, en relación a la normativa legal, que la sentencia impugnada afecta el derecho preferente de los padres a la crianza, cuidado y protección de los niños implica el derecho de los padres a aplicar las medidas familiares que los padres estipulen como necesarias para la protección de sus hijos, como la confianza en que, si estos no quieren tomar ciertos riesgos para garantizar el cuidado y protección en la salud de sus hijos, el Estado tiene el deber de respetar dichas decisiones.

Luego, en relación a la normativa constitucional, respecto del 19 N° 6 de la Constitución Política de la República, plantea que ella comprende el derecho que los padres tienen a poseer las creencias que sean acordes con el contexto cultural, religioso, étnico y del sistema de conocimiento al que adscriba la persona humana, y por ende la valoración de los riesgos que vayan acorde a ese contexto. Agrega que lo anterior implica que el Estado debe respetar las valoraciones que los padres en su libertad de conciencia adscriban y consideren como las más satisfactorias en el interés superior presente y futuro de sus hijos. Respecto de lo dispuesto en el 19 N°9 inciso final mismo cuerpo constitucional, el tipo de salud que un grupo adopta está ligado ineludiblemente a su sistema de creencias, por lo cual, el Estado debe garantizar que está libre elección sea preponderante para así hacer cumplir la máxima de libertad de conciencia. En cuanto a la infracción de los artículos 6 y 7 de la Constitución Política de la República, estima que la sentenciadora a quo al no respetar las normas constituciones ha vulnerado la Constitución y con ello el principio de jurídica (SIC) transgrediendo la norma suprema y los derechos y garantías fundamentales de los niños de autos y de sus padres, derechos señalados precedentemente y garantizados taxativamente en nuestra Carta Fundamental. Y finalmente indica que se ha actuado fuera de su competencia legal y de una forma diversa a la que prescribe la ley, ya que se toman decisiones por parte del Estado (juez a quo), que constitucional y legalmente no le corresponden suscribir, sino que están dentro de las facultades y derechos que los padres por mandato legal les corresponde.

Solicita que se acoja el recurso de casación, se invalide la sentencia recurrida y se dicte una de reemplazo que describe.

Tercero: Que la sentencia del Tribunal del fondo estableció los siguientes hechos:

1. Los niños sujetos de la medida de protección a la fecha de aplicación contaban, Mateo, con 2 años y 4 meses y, Joaquín, con 3 años 10 meses
2. Sus padres ejercen con afectividad, cercanía y apego sus competencias, beneficiando el desarrollo de ambos niños, descartándose antecedentes de riesgos o disfuncionalidades familiares.
3. Es necesario que ambos niños sean evaluados por pediatra y sea él quien realice un esquema de salud acorde a las necesidades establecidas por ambos padres en relación con el bienestar de sus hijos.
4. Ambos padres deben ser reeducados en cuidados de salud.
5. Los niños no se encuentran inoculados con las vacunas del Plan Nacional de Inmunización del Estado de Chile, por la negativa de padres, en base al diagnóstico trastorno de espectro autista, de su hijo mayor, Renato que no es sujeto de la presente causa el que en su origen atribuyen a la vacunación de que fue objeto 2016, específicamente, la vacuna pentavalente polio, atendidos los componentes de esta.

Que, resultado de lo anterior esa misma magistratura aplicó medida de protección respecto de los niños, esto es que "...deben ser inoculados de acuerdo con el siguiente plan de acción y con la declaración que se indicará: En el plazo de 1 mes como máximo se reitera el rescate educativo de los padres de los niños, reforzando el beneficio que procura para la salud de sus hijos la inoculación de las vacunas para enfermedades prevenibles obligatorias. Asimismo, dentro de este plazo, el Centro de Salud Familiar o el Servicio de Salud respectivo y competente dispondrá para efectos de la vacunación el calendario de la misma para cada uno de los niños, poniéndola en conocimiento del tribunal y los intervinientes. A contar del término de la etapa de educación y preparación, y ya en conocimiento del calendario de puesta al día los padres, tendrán el plazo de 5 días corridos para proceder a iniciar el calendario de vacunas".

Cuarto: Que, como esta Corte ha señalado reiteradamente, la determinación de los hechos corresponde a una facultad que se ejerce exclusivamente en las instancias del fondo, sin que sea dable su revisión en esta sede, a menos que se denuncie y acredite el quebrantamiento de disposiciones que integran el sistema valorativo de la sana crítica.

En la especie, no se acusa infracción al artículo 32 de la ley N°19.968, por lo tanto, se desprende que la crítica se concentra en la valoración la prueba efectuada y en especial la aplicación de una medida de protección que implica la vacunación de los niños Mateo y Joaquín, de cuyo resultado disiente, pero al no haber denunciado de modo alguno, ni acreditado la conculcación de las reglas que componen el sistema de la sana crítica, no es posible alterar el marco fáctico de la decisión por medio de este mecanismo extraordinario y de derecho estricto.

Quinto: Que, de esta forma, sobre la base de los hechos establecidos de manera inamovible en el fallo impugnado, debe concluirse que la decisión es producto de una correcta aplicación de las normas sustantivas que regulan la materia de que se trata, pues se acogió el requerimiento proteccional al acreditarse la grave amenaza o vulneración de los derechos de los niños.

Sexto: Que, en consecuencia, apareciendo que la sentencia recurrida da cuenta de un correcto ejercicio de subsunción de los hechos a las normas que regulan la materia de que se trata; el arbitrio debe ser desestimado, en esta etapa de tramitación, por adolecer de manifiesta falta de fundamento.

Por estas consideraciones y lo prevenido en los artículos 764, 765, 767, 772, 783 y 784 del Código de Procedimiento Civil, se rechaza el recurso de casación en el fondo deducido en contra de la sentencia de veintitrés de octubre de dos mil veintitrés.

Al escrito folio 308395: a lo principal, téngase presente; al primer y segundo otrosíes, estése a lo resuelto.

Regístrese, notifíquese y comuníquese.

Pronunciado por la Cuarta Sala de la Corte Suprema integrada por los Ministros (as) Andrea Maria Muñoz S., Maria Gajardo H., Diego Gonzalo Simpertigue L. y los Abogados (as) Integrantes Leonor Etcheberry C., Diego Antonio Munita L. Santiago, cinco de diciembre de dos mil veintitrés.

36. Corte Suprema, 22 de diciembre de 2023, rol N° 80.554-2023

Cuidado personal. Derecho a defensa. Cuidado personal Interés superior del niño. Libre expresión. Derecho a ser oído. Falta de trámite esencial. Cuidado personal de los padres. Principio de la autonomía progresiva. Defensa material.

Santiago, veintidós de diciembre de dos mil veintitrés.

Vistos:

En causa RIT C 911 2020, caratulada "C. con M. ", sobre cuidado personal, seguida ante el Juzgado de Familia de Curicó, por sentencia de nueve de enero de dos mil veintitrés, se acogió la demanda de cuidado personal interpuesta por doña Katherina E. C. en contra de don Rodrigo A. M. A. y en consecuencia se le confirió el cuidado personal de su hija de iniciales B.I.M.C. y se fijó una relación directa y regular del niño con su padre.

El demandado dedujo un recurso de casación en la forma y apelación, y una sala de la Corte de Apelaciones de Talca, tras rechazar el primero, con fecha diecinueve de abril de dos mil veintitrés, la confirmó.

En contra de la última resolución la madre parte demandada 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 demanda interpuesta por la madre.

Se trajeron los autos en relación.

Considerando:

Primero: Que en el recurso se sostiene que se acogió la demanda infringiendo lo dispuesto en los artículos 225-2 y 226 del Código Civil, artículos 28, 29, 32 y 16 de la Ley N° 19.968 y artículo 7° de la Ley N° 21.430. Luego de transcribir las normas denunciadas sostiene que no existe ningún medio probatorio que dé cuenta de la opinión manifestada por el niño en relación con su deseo de vivir con su progenitora, sino que por el contrario, su prueba pericial da cuenta de la relación cercana que mantiene con el padre demandado. Alega que la opinión del niño no fue directamente oída por el tribunal, quien rechazó escucharlo en audiencia reservada, pese a que por su edad es capaz de expresar sus opiniones, decisiones y sentimientos. Finalmente, señala cómo las conculcaciones que denuncia influyeron sustancialmente en la parte dispositiva de la sentencia impugnada, y solicita que se acoja el recurso y se la anule, acto seguido, sin nueva vista y separadamente, se dicte la de reemplazo que rechace la demanda de cuidado personal.

Segundo: Que los hechos que se tuvieron por establecidos en la sentencia impugnada, en lo que es de interés, son los siguientes:

1. Las partes son progenitores de un niño de 7 años de edad a la época de dictarse la sentencia de primera instancia. Se encuentra bajo el cuidado personal de su padre desde el mes de enero de 2020 en virtud de una transacción judicial suscrita entre sus padres. Reside en la ciudad de

Curicó junto a su padre, la pareja actual de este, el hijo común que ellos tienen y tres hijos de la pareja de su padre. Asiste a la Escuela E. de esta ciudad, establecimiento municipal, su rutina diaria contempla estadía en casa de sus abuelos paternos una vez finalizada la jornada escolar.

2. La madre demandante reside en la ciudad de Viña del Mar, donde ha vivido siempre y éste constituyó el lugar de residencia del niño desde la separación de sus padres acaecida en septiembre de 2018 hasta principios del año 2020. Habita en la vivienda de su madre en compañía de su hermana y su sobrino, el grupo familiar desarrolla un emprendimiento comercial.

3. El contacto que ha tenido la madre desde que el cuidado del niño ha sido ejercido por el padre ha sido esporádico, se desarrolla a través de video llamadas y en algunas ocasiones en que se ha autorizado un régimen provisorio por el Tribunal.

4. Las habilidades parentales de la demandante, han sido evaluadas favorablemente, la vinculación afectiva del niño con su madre se estima adecuada, nutricia y beneficiosa para su desarrollo integral.

5. El régimen de vida actual del niño lo obliga a estar separado de su madre, ya sea por distancia geográfica, ya sea por serios y profundos inconvenientes en la relación interpersonal que tienen sus padres. Estando bajo el cuidado de la madre, B. se relacionaba con su padre de manera libre, sin inconvenientes ni obstáculos pese a la distancia geográfica y presenta un trastorno por ansiedad de separación con la madre y un vínculo ambivalente con figuras de apego.

7. El distanciamiento del niño de su núcleo familiar de origen, y específicamente de su madre, ha producido en él importantes consecuencias a nivel psicológico, las que si bien han sido trabajadas terapéuticamente no logran restablecer del todo su estabilidad emocional manteniéndose alejado de la figura materna.

Sobre la base de tales antecedentes fácticos, la judicatura del fondo resolvió acoger la demanda, considerando para aquello que atribuir el cuidado personal a la madre resulta ser una decisión que cumple requisitos de necesidad y conveniencia e implica un régimen de vida que en las circunstancias actuales de acuerdo a la edad y madurez de él satisfacen estándares de interés superior.

Tercero: Que, en lo concerniente a la denuncia que se conculcó lo que dispone el inciso 2° del artículo 16 de la Ley N° 19.698, se debe tener presente que el artículo 12 de la Convención de los Derechos del Niño señala que los Estados Partes deben garantizar al niño, niña o adolescente que está en condiciones de formarse un juicio propio, el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que le afecte, teniéndose debidamente en cuenta su sentir, en función de su edad y madurez; y que, con tal fin, se le debe dar oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que lo incumba, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional. La Observación General N° 12 del Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas, por su parte, establece

medidas que deben aplicarse para garantizar el acatamiento del derecho del niño a ser escuchado, de acuerdo al contexto de que se trate; y condiciones básicas para ello. Asimismo, señala que el artículo 12 de la Convención, que estatuye el derecho del niño a ser escuchado, está vinculado a los siguientes artículos: 2 (derecho a la no discriminación), 6 (derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo), 13 (derecho a la libertad de expresión), 17 (derecho a la información), y 5 (evolución de las facultades del niño y dirección y orientación apropiadas de los padres); siendo, además, interdependiente con el artículo 3 (consideración primordial del interés superior del niño). También se refiere al derecho de que se trata la Observación General N° 14 del mismo comité, en el sentido que la evaluación del interés superior del niño debe abarcar el respeto de su derecho a expresar libremente su opinión y a que se tenga en cuenta en todos los asuntos que le afectan.

Entonces, el artículo 12 establece que el niño, niña y adolescente tiene derecho a manifestar sus deseos, sentires, de manera libre y que sean tenidos en cuenta en la oportunidad en que se resuelva el asunto que les incumbe, enlazándose directamente con el principio de la autonomía progresiva. Lo señalado importa, por lo tanto, que deben ser considerados como sujetos de derechos humanos y civiles, y al estar en las condiciones que indica dicha norma, debe necesariamente escuchárseles de manera tal de establecer una comunicación, un diálogo con ellos.

Cuarto: Que la doctrina nacional señala, en lo que se refiere a los procedimientos jurisdiccionales ante tribunales de familia, que puede verse como una consagración de la garantía del derecho a la defensa, en su aspecto o dimensión de "defensa material" que se traduce en las facultades del niño, niña o adolescente a intervenir en todos los asuntos que le afecten, formular alegaciones y presentar prueba y, en general, estar protegidos en contra de cualquier indefensión, por lo que no se satisface consultando la opinión en una oportunidad durante la tramitación del proceso, sobre dos o tres alternativas cerradas definidas de manera previa, sino que se le debe ofrecer la posibilidad de participar en la construcción del caso, desde un principio, siendo un protagonista de la decisión en un sentido más amplio. No se trata simplemente del derecho a opinar, sino del derecho a participar en la decisión del caso (en la decisión de su propia vida). ("El niño como sujeto de derechos y la nueva justicia de familia. Interés superior del niño, autonomía progresiva y derecho a ser oído", Jaime Couso, en Revista de Derechos del Niño N° 3 y 4, p, 153 154, Universidad Diego Portales y UNICEF, Santiago, 2006).

También se sostiene que es una manifestación del derecho a la libertad de expresión como representación del libre pensamiento, pues impone a los Estados la obligación de garantizar la libertad de pensamiento y expresión de los niños, niñas y adolescentes, fijando pautas interpretativas que sirvan de guía al juez y al legislador y regula expresamente el derecho a ser oídos en todas las decisiones que puedan afectar su vida futura; entendiéndose como un derecho de participación que debe ser dilucidado en consonancia con el principio del interés superior y el de la autonomía progresiva. ("La voz de los niños en la justicia de familia de Chile",

Macarena Vargas Pavez y Paula Correa Camus, en Revista Ius et Praxis, año 17, N° 1, 2011, p.177 204).

Así, por lo demás, lo ha señalado esta Corte en sentencias dictadas con fecha 18 de abril de 2017, en los autos Rol N° 1.732 2017, N° 8.663 2018, N° 41.145 19 y N° 47.589 23.

Quinto: Que, en ese contexto, el niño tenía 5 años y 7 meses a la fecha de la audiencia preparatoria y que la audiencia de juicio se realizó en siete audiencias, la primera cuando tenía 5 años y 10 meses de edad y la última, 6 años y 9 meses de edad, por lo que correspondía darle la oportunidad de expresarse, en una forma acorde a su edad y madurez, de manera que la decisión también considerara sus sentimientos, deseos o temores respecto a la forma de resolver la cuestión sometida a decisión del tribunal; y sin que se adviertan inconvenientes para haber cumplido con la obligación en cuestión en esa etapa.

Sexto: Que, en consecuencia, se debe concluir que en la sentencia impugnada se conculcó lo que dispone el inciso 2° del artículo 16 de la Ley N° 19.968, con ello, las demás normas a que se hace referencia, que influyó de manera substancial en su parte dispositiva, dado que se adoptó respecto de la niña una decisión que incide de manera trascendental en su vida presente y futura, sin escuchar su opinión; en razón de lo anterior, se estima innecesario emitir pronunciamiento en relación a los otros capítulos del recurso.

Por estas consideraciones y de conformidad, además, con lo que disponen los artículos 764 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, se acoge el recurso de casación en el fondo deducido por el padre demandado en contra de la sentencia de diecinueve de abril de dos mil veintitrés, dictada por la Corte de Apelaciones de Talca, la que se invalida y se la reemplaza, sin nueva vista y separadamente, por la que se dicte a continuación.

Regístrese.

Pronunciado por la Cuarta Sala de la Corte Suprema integrada por los Ministros señora Andrea Muñoz S., señor Diego Simpértigue L., ministra suplente señor Dobra Lusic N., y los abogados integrantes señor Héctor Humeres N. y señora Leonor Etcheberry C.

No firma la ministra señora Muñoz y la ministra suplente señora Lusic, no obstante haber concurrido a la vista y al acuerdo de la causa, por estar con feriado legal la primera y por haber terminado su periodo de suplencia la segunda.

37. Corte Suprema, 8 de enero de 2024, rol N° 241.652-2023.

Redacción del ministro Matus.

Abuso sexual impropio. Errónea aplicación del derecho. Infracción garantías constitucionales. Declaración de la víctima. Derecho a controlar y confrontar la prueba de cargo. Decisión debe fundarse en proceso previo legalmente tramitado. Acción penal pública previa instancia particular. Agravio debe ser real. Elementos del debido proceso. Infracción sustancial, trascendente, y de gravedad. Ley 21.430 es invocada pero no considerada.

Santiago, ocho de enero de dos mil veinticuatro.

Vistos:

El Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Copiapó, por sentencia de diecisiete de octubre de dos mil veintitrés, en los antecedentes RUC 2.210.024.519 5, RIT 116 2023, condenó a Raúl Ángel B. A., como autor del delito reiterado de abuso sexual a menor de 14 años, en grado de desarrollo consumado, cometidos en fechas indeterminadas, en la comuna de Vallenar, en perjuicio de C. G. C. B., a la pena única de doce años de presidio mayor en su grado medio y a las accesorias legales y especiales.

En contra de dicho fallo, la defensa del sentenciado dedujo recurso de nulidad, el cual se conoció en la audiencia pública de diecinueve de diciembre de dos mil veintitrés, convocándose a los intervinientes a la comunicación de la sentencia para el día de hoy, como consta del acta respectiva.

Considerando:

Primero: Que el recurso de nulidad se cimenta, de manera principal, en la causal de nulidad prevista en el artículo 373, letra a) del código adjetivo, escindiendo la argumentación en dos subcapítulos. A través del primero, denuncia que durante el desarrollo del juicio, se ha infringido el derecho al debido proceso, en concreto, el deber que tenía el tribunal de advertir a la víctima en calidad de testigo de cargo que no tenía obligación de declarar en contra del acusado dada la consanguineidad en línea recta que los liga, por lo que la falta de advertencia vulnera el principio acusatorio y las normas sobre las cuales puede producirse la contradicción en el marco de un proceso penal adversarial.

Explica que, durante la realización de la audiencia de juicio, al momento de recibir la prueba testimonial de la víctima, el juez presidente del tribunal, en ejercicio de las facultades que establece el artículo 292 del código adjetivo, omitió deliberadamente informar que, conforme lo establece el artículo 302 del mismo cuerpo legal y en su calidad de descendiente del acusado, no estaba obligada a declarar en su contra. Lo anterior, dado que si bien al momento de presentarse la víctima en estrado, se le preguntó si prestaría o no declaración, se le tomó juramento ante lo cual la defensa incidentó solicitando al tribunal que le aclarara a la víctima si declararía o no, teniendo en cuenta que le asistía el derecho de no hacerlo, a lo que la víctima señaló que solo en ese momento se había enterado de sus derechos y que no sabía si podía

decir que no prestaría declaración. En dicho contexto, el tribunal señaló a la testigo que no le producirá ningún perjuicio el prestar declaración, pero sin informarle sobre el derecho a no declarar previsto en el citado artículo 302.

Pese a la insistencia de la defensa en que el tribunal debía cumplir con informar este derecho, no solo en los términos de que su declaración "no le producía perjuicio", el tribunal dio por superado el incidente, ante lo cual la defensa realizó reserva de derechos.

Es más, afirma que se ha condenado al acusado en virtud de una declaración respecto de la cual la víctima se ha retractado, conforme consta en la declaración notarial de fecha 19 de octubre de 2023, que constituye prueba que se ofrece para acreditar la causal que se invoca en el presente recurso, de acuerdo con lo establecido en el inciso final del artículo 302 en relación con el artículo 359, ambos del Código Procesal Penal.

A través del segundo subcapítulo de la causal en estudio argumenta que, durante el desarrollo de la audiencia de juicio oral, se coartó de modo absoluto el ejercicio del derecho a defensa en relación con las normas que regulan el interrogatorio y contrainterrogatorio de los testigos, todo ello más allá del deber de evitación de la victimización secundaria, incorporado al Código Procesal Penal en virtud de la Ley 21.523. En concreto, durante el juicio oral la defensa inició una línea de contrainterrogatorio a la hermana de la víctima tendiente a sembrar la duda sobre la posibilidad de que ésta o su hermana hubiesen sido víctimas durante su infancia de otros delitos contra la integridad sexual por parte otros parientes, distintos del acusado y que, producto del transcurso del tiempo, no recordasen con claridad quién o quiénes habrían o podrían haber sido los autores y, por ende, existiese la posibilidad de que frente a la ausencia de recuerdos la víctima estuviese sustituyendo a la persona del agresor, sindicando a su abuelo acusado de autos como el único autor de todos los abusos sexuales que sufrió, en circunstancias que podría haber sido otro pariente cercano. Esta línea de contrainterrogatorio surgió a partir de la propia declaración de la víctima en el juicio oral, la que difiere de los hechos objeto de la acusación y que fueron establecidos conforme a su declaración en la etapa de investigación, en la medida en que la víctima agregó hechos nuevos, según se desprende de la valoración que hace de ellos el propio tribunal en la sentencia que se recurre, según puede verse en los considerandos décimo y décimo segundo del fallo.

Pues bien, al iniciar la defensa esta línea de contrainterrogatorio a la testigo de cargo doña Gisselle A. C. B., el tribunal interrumpió abruptamente a la defensa, indicando que debía de abstenerse de realizar esa clase de preguntas y si las realizaba debía ser en términos genéricos, sin indicar nombres de parientes ni de personas concretas, lo anterior, debido a que a juicio del tribunal le asistían a la declarante en calidad de mujer, un plexo de derechos, asociados a la no victimización secundaria, producto de lo establecido en la Convención de Belem do Pará, la Convención Internacional de Derechos del Niño, la Ley 21.430 sobre Protección y Garantías de Derechos de la Niñez, el Acta 44 2022 de la Corte Suprema, que normaliza la anonimización de datos y las últimas modificaciones al artículo 109 del Código Procesal Penal que impedirían

nombrar partes, testigos y familiares en las actas, disposición legal que se establece a favor de las víctimas, pero no de los testigos que declaran en el juicio oral.

En base a lo expuesto, solicita invalidar la sentencia y el juicio oral ordenando se disponga la realización de un nuevo juicio oral.

Segundo: Que, de manera subsidiaria, funda su arbitrio en la causal contenida en el artículo 373, letra b) del Código Procesal Penal, toda vez que el tribunal aplicó retroactivamente las normas previstas en las Leyes 21.523, publicada en el Diario Oficial el 31 de diciembre de 2022; y, 21.483, publicada en el Diario Oficial el 24 de agosto del año 2022, para determinar el quantum de la pena aplicable, en circunstancia que dichas disposiciones introdujeron modificaciones a los artículos los 69, 368 bis A, 369 bis A y 372 ter, todas del Código Penal, interpretando dichos preceptos no sólo para excluir la aplicación del artículo 11, N° 7 del código de castigo, sino que también, para efectos de interpretar la "mayor o menor extensión del mal causado", en la redacción actual del artículo 69 del mismo cuerpo legal, norma que no estaba vigente a la fecha de los hechos, lo cual influyó en lo dispositivo del fallo debido a que el tribunal, sobre la base de tales disposiciones, más rigurosas para el acusado, aumentó en dos grados la pena del delito de abuso sexual de menor de 14 años, imponiéndole en una interpretación errada del artículo 351 del código adjetivo, una pena de pena única de doce años de presidio mayor en su grado medio, en circunstancias que, de haber aplicado las normas de determinación de pena que estaban vigentes al momento de los hechos, debió haber impuesto una pena menor.

Lo anterior importa la concurrencia de un error en la aplicación del derecho por parte de los sentenciadores del fondo, que ha influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo, debido a que, de no haberse cometido el error y de haberse aplicado correctamente las citadas disposiciones, no se habría dictado en contra del imputado una sentencia condenatoria (sic), o debió estimarse otra calificación jurídica que la realizada por el tribunal, o bien, porque el juez a quo debió haber considerado concurrente una circunstancia modificatoria que desestimó y, por ende, debió haberse impuesto al acusado una pena menor. En tal sentido, la doctrina señala que la errónea aplicación "del derecho" no se refiere exclusivamente a la ley penal, sino que al significado de todos aquellos vocablos que se emplean en la tipificación del hecho punible o en la determinación de la responsabilidad. Es decir, se refiere a la interpretación de la ley en sentido estricto (conceptos contenidos en las normas penales) y a los problemas de calificación o subsunción de los hechos a la causa). En la sentencia impugnada el tribunal aplicó erradamente y de modo retroactivo, en primer lugar, el artículo 368 bis A del Código Penal, incorporado con motivo de la Ley 21.523, para excluir ipso iure la posibilidad de apreciar la circunstancia atenuante prevista en el artículo 11, N° 7 del Código Penal. En segundo lugar, aplicó la disposición contenida en la norma del artículo 369 bis A del Código Penal, incorporada a través de la misma ley, en la medida en que tuvo en cuenta dicha norma para la argumentación sobre la determinación de la cuantía de la pena, en los términos que lo establece el artículo 69 del Código Penal, "la especial afectación psíquica o mental de la

víctima para la calificación de la extensión del mal producido por el delito". Lo anterior, en tanto para la determinación de la pena aplicable cita expresamente estas leyes en general, y, en particular, señala que los fundamentos ligados a la perspectiva de género y la necesidad de protección de mujeres víctimas de violencia sexual, en relación con las disposiciones contenidas en la Convención de Belem do Pará, impiden apreciar tanto la circunstancia prevista en el artículo 11, N° 7 del código punitivo, como también, omitir tales prerrogativas de protección de la mujer en cuanto a la pena aplicable y la mayor o menor extensión del mal causado.

Finalmente, realiza una aplicación tácita de los efectos que produce en el quantum de la pena aplicable, conforme al artículo 69 bis, vigente desde su incorporación a partir de la Ley 21.483, la concurrencia de la circunstancia agravante objetiva prevista en el artículo 12, N° 22 del Código Penal, esto es, cometer el delito en contra de un menor de edad, en cuanto excluye el grado mínimo de la pena aplicable si consta de dos o más grados. Lo anterior, porque sobre la base de estimar que existía una "multiplicidad de conductas, en efecto la reiteración fue de al menos cuatro delitos de abuso sexual", conforme se lee en el considerando décimo noveno de la sentencia, el tribunal aumenta, aplicando el artículo 351 del Código Procesal Penal, en dos grados la pena del delito de abuso sexual previsto en el artículo 366 bis del Código Penal, que es de presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo, para llegar a una pena, argumentando un aumento en bloque que, en abstracto conforme razona el tribunal, que se situaría en el tramo del presidio mayor en su grado medio a presidio mayor en su grado máximo.

De no haberse seguido los errores que denuncia, el tribunal necesariamente habría determinado la pena exacta a imponer incluso acogiendo la reiteración del artículo 351 del Código Procesal Penal, estimando como lo indica el inciso 1°, los hechos como un solo delito, aplicando las respectivas circunstancias que estimó concurrentes, en este caso, una única atenuante prevista en el artículo 11, N° 6 del Código Penal y ninguna agravante, que conforme al artículo 68 del Código Penal impide al tribunal aplicar la pena en el tramo superior, debiendo considerar el aumento desde el mínimo, esto es, presidio menor en su grado máximo, aplicando la regla del artículo 351 inciso 1° del Código Procesal Penal, solo podría haber aumentado en un bloque en un grado desde el mínimo. Lo anterior, supone que el tribunal excluyó derechamente el grado mínimo de la pena para realizar el aumento del artículo 351 del Código Procesal Penal y no valoró ni consideró de modo alguno, para efectos de la determinación de la pena exacta, la atenuante del artículo 11, N° 6 del Código Penal que estimó concurrente.

Por lo anterior pide invalidar la sentencia y se dicte sentencia de reemplazo que aplique una pena en el rango de los tres años y un día a 5 años de privación de libertad y se le conceda la pena sustitutiva de la Ley 18.216 que se determine concurrente; o bien, en subsidio de lo anterior, para el caso improbable que se estime que no es posible apreciar en este caso concreto la circunstancia atenuante del artículo 11, N° 7 del Código Penal, se aplique una pena en el marco de los años y un día a diez años, de presidio menor en su grado medio.

Tercero: Que, en lo concerniente a los hechos que fundaron la acusación del Ministerio Público, la sentencia impugnada, en su motivo décimo, tuvo por acreditado que, "...desde el año 2008, en días y horas indeterminados; en el interior de la casa ubicada en calle A. N° XXX, población R. T., Vallenar; el acusado Raúl Á. B. A, en reiteradas ocasiones realizaba actos de significación sexual y de relevancia, mediante contacto corporal, en perjuicio de su nieta C. G. C. B., nacida el 20 de mayo de 2004; así en el interior de la referida casa, el acusado Raúl Á. B. A. en un dormitorio exhibió el pene a la ofendida, quien procedió a chuparle el pene. En otra ocasión, el acusado Raúl Á. B. A. trasladó a su nieta C. G. C. B. hasta una bodega ubicada en dicha casa, luego, el agresor procedió a chuparle la vagina a la víctima. Acto seguido, la ofendida procedió a chuparle el pene al acusado. En otra ocasión el acusado Raúl Á. B. A. trasladó a su nieta C. G. C. B. junto a una prima de la niña también menor de edad, hasta una habitación ubicada en el segundo piso de la casa de un vecino ubicada al frente del inmueble del imputado. Mientras la ofendida estaba acostada el agresor aprovechó de sacarle la polera y luego le bajó la ropa que vestía, posicionó el pene erecto entre las dos piernas de la ofendida y comenzó a realizar reiterados movimientos hasta que eyaculó sobre el cuerpo de la víctima. Finalmente, en fecha indeterminada, Raúl Á. B. A. trasladó a su nieta C. G. C. B. hasta el establecimiento educacional Colegio Ambrosio O'Higgins, ubicado en Avenida Costanera, comuna de Vallenar, lugar en donde trabajaba. Luego, la llevó a la zona de camarines, momento en que el agresor aprovecha de exhibirle sus gentiles mientras se duchaba". Estos hechos fueron calificados por el tribunal como constitutivos del delito reiterado de abuso sexual a menor de 14 años en contexto de violencia intrafamiliar, tipificado en el artículo 366 bis del Código Penal en relación con el artículo 5 de la Ley 20.066. En torno a lo afirmado en el arbitrio de nulidad, el fundamento decimoctavo del fallo impugnado estableció que, "...por unanimidad se rechaza la atenuante del artículo 11 N° 7 del código Penal solicitada por la defensa, toda vez que el artículo 368 bis A del Código Penal señala de manera expresa que la referida atenuante no podrá aplicarse, entre otros delitos que señala, a los contemplados en el artículo 366 bis del Código Penal; en efecto la norma legal fue incorporada al Código Penal por la ley 21.523 conocida como Ley Antonia, para los efectos de mejorar las garantías procesales, proteger los derechos de las víctimas de los delitos sexuales y evitar su revictimización; el tribunal al efecto, existiendo norma legal expresa prohibitiva, aun cuando la defensa argumente que la prohibición de la aplicación de la atenuante en comento no existía a la época de cometidos los abusos sexuales, lo cierto es que tampoco existe una norma íntimamente conectada aspecto de la atenuante el estudio con el delito que nos ocupa en el sentido de razonar que la ley anterior primera más favorable; ahora bien respecto de la temporalidad, los depósitos efectuados por el acusado para los efectos de solicitar la atenuante del artículo 11 número seis del código penal se realizaron con fecha 13 de octubre de 2023, es decir ya con posterioridad a la entrada en vigencia del artículo 368 bis A) del Código Penal, por lo tanto no estamos frente a una situación en que las consignaciones

de dineros se efectuaron antes del 31 de diciembre de 2022 con ocasión de la publicación de la ley 21.523, conocida como ley Antonia, y que los dineros estando ya depositados en la cuenta corriente del tribunal de la República perdieron mérito con ocasión de la dictación de una ley posterior que los hace improcedentes, sino todo lo contrario, puesto que los depósitos efectuaron (sic) con posterioridad, unido al hecho que en concepto estos jueces no existe tampoco un ánimo de querer reparar con celo el mal causado, toda vez que es absolutamente extemporáneo, respecto del cual se advierte sobre la intención de configurarse su respecto la atenuante de responsabilidad penal más no la pretendía reparación y por último hay que señalarse que el argumento que los dineros permitirían que la víctima se pague una terapia reparatoria particular, tampoco puede prosperar, toda vez que tal como se dirá más adelante, estos jueces realizando un control de convencionalidad respecto de Convención interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer "Convención de Belem do para", ordenarán que el Estado de Chile, otorgue la terapia reparatoria la víctima a través de los programas que tiene al efecto, entre los cuales no se encontrará el cese de los mismos por haber cumplido la víctima los 18 años de edad, conforme a lo que se expuso en este juicio.

A mayor abundamiento, en lo que respecta a la circunstancia atenuante del artículo 11 número 7 del Código Penal, esto es, la reparación celosa del mal causado, alegada por la defensa, fundada en haber depositado en la cuenta corriente del tribunal \$1.500.000 en 5 depósitos el 13 de octubre de 2023, la defensa además de señala que le permitiría a la víctima pagarse una terapia particular, y agrega que ha sido el acusado quien nos ha pedido consignar en el tribunal la suma de \$1.500.000 por cualquier daño que hubiera ocasionado en el vínculo con su nieta, dentro de esto los hechos por los cuales se ha presentado acusación. Por lo tanto, efectivamente es el acusado quien nos pide consignar y es el acusado quien hace un esfuerzo de todos sus ahorros consignarlo en este depósito a fin de reparar el mal causado. Así las cosas, junto con esto es importante señalar que justamente el esfuerzo realizado por mi cliente, creemos que demuestra de manera celosa la reparación que él ha querido hacer respecto a estos hechos.

Que el tribunal hace presente que aun cuando esta atenuante no estuviese prohibida legalmente para el delito que nos ocupa, tampoco se verifican los presupuestos de la misma, en efecto, es necesario tener en consideración que estamos ante un delito de abuso sexual reiterado que ha afectado la indemnidad sexual de la víctima que es la nieta del acusado, cuyo valor es invaluable para la ofendida, por tanto para su configuración estiman estos sentenciadores que el esmero en tratar de impedir sus posteriores perniciosas consecuencias debe ser con alto nivel de celo.

Celo que se comprende como la especial preocupación por morigerar el mal, demostrando que se ha esforzado por lograrlo, la exigencia se satisface con desarrollar un acto que realmente lo demuestre, un gran esfuerzo considerable. Conforme a los razonamientos expuestos, el celo debe ser determinado en forma objetiva, atendiendo al mal causado, las facultades del autor y

su situación procesal, agregando a esas circunstancias que las acciones desplegadas sean voluntarias y oportunas y que hayan estado inequívocamente encaminadas al fin previsto en la norma, en este caso, a intentar reparar el daño, sin que resulte determinante el logro de ese propósito.

Estos juzgadores estiman que los depósitos destinados a fundamentar la reparación, fueron efectuados el último día del juicio oral, y que el propósito inicial no era morigerar las perniciosas consecuencias de su actuar, sino la sanción que arriesgaba el acusado. Por otro lado, la naturaleza de la actividad desarrollada por el inculpado conforme a la gravedad de los hechos cometidos, que además del daño ocasionado a la víctima acarreó también la división de la familia, y la pérdida y consecuentemente el alejamiento para la víctima del contacto con ellos, conforme se acreditó en el juicio, permite arribar al convencimiento que los depósitos de dinero en ningún caso constituyen una reparación celosa, cuestión que en la especie es relevante, pues, de acuerdo a lo sostenido, la suma aportada no constituye cantidad que por sí misma y sin consideración alguna se erija como un monto que permite tener por logrado sin más, la reparación.

Así las cosas, aun cuando es improcedente la atenuante del artículo 11 N° 7 del Código Penal para el delito que nos ocupa por prohibición legal expresa, tampoco concurre la atenuante porque para estos jueces no permite calificarse y ser tenida como una reparación celosa. Al efecto también así lo ha determinado la Corte Suprema en la causa Rol 21.496 22, considerando 10° respecto de un recurso de nulidad de una sentencia de este tribunal.

Que en virtud de lo razonado precedentemente se rechaza por improcedente la atenuante del artículo 11 N° 7 del Código Penal".

Por su parte, el fundamento decimonoveno estableció que, "...a fin de determinar el rango de la penalidad que resulta aplicable al caso concreto, los juzgadores han de tener presente las penas señaladas por la ley al delito, su grado de ejecución, la forma de participación en ellos establecida, las circunstancias modificatorias de responsabilidad concurrentes, y la extensión del mal producido por el delito.

Que la pena asignada al delito de abuso sexual a persona menor de 14 años del artículo 366 bis del código penal, es de presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo.

En este escenario, el acusado es autor de un delito reiterado de abuso sexual en una persona menor de catorce años.

Que tratándose de un delito reiterado de la misma especie y de conformidad al artículo 351 del Código Procesal Penal, siendo imperativo imponer la pena correspondiente a las diversas infracciones, estimadas como un solo delito, aumentándola en uno o dos grados.

Estos jueces aumentarán la pena en dos grados, dada la multiplicidad de las conductas, en efecto la reiteración fue de al menos cuatro delitos de abuso sexual; por lo tanto realizado dicho aumento de dos grados el marco penal en abstracto es presidio mayor en su grado medio a presidio mayor en su grado máximo, toda vez que el aumento debe ser en bloque por tratarse

de una pena compuesta, así al aumentar la pena se crea una nueva extensión de ella, conforme lo ha establecido la Excm. Corte Suprema, en los autos Rol N° 22.179-2021, sentencia respecto de la cual, a su vez citó la Corte Apelaciones de Copiapó respecto de esta última posición que adoptó sobre esta materia en la causa rol Corte N° Penal 254-2022.

Por lo tanto el marco penal establecido precedentemente es desde los 10 años y un día de presidio mayor en su grado medio a 20 años de presidio mayor en su grado máximo.

Que en la especie concurre una atenuante sin agravantes, por lo que de conformidad al artículo 68 del Código Penal le está vedado al tribunal aplicar el tramo máximo de la pena, establecido aquello el marco penal aplicable para graduar el quantum de la pena a imponer es el de presidio mayor en su grado medio, grado dentro del cual el tribunal podrá recorrerlo en toda su extensión para aplicar la pena, y para los efectos de proceder en este caso a fijar el quantum, se debe tener en consideración la extensión del mal causado.

Así, habiéndose determinado el marco penal en abstracto, debe necesariamente considerar, la mayor o menor extensión del mal causado, esta vez como criterio de definición de la pena exacta para el caso concreto.

Al respecto, y citando al profesor Juan Pablo Mañalich, quien en lo tocante a este aspecto señala: `Pues en la concreción del marco penal, de un lado, y en la individualización de la pena exacta, de otro, se trata de dos operaciones diferenciadas, que se corresponden, sin embargo, con dos pasos de un mismo proceso encaminado a obtener la identificación de la consecuencia punitiva específica a imponer sobre el sujeto a quien resulta definitivamente imputable un hecho punible, en atención a sus concretas particularidades. Por eso, nada extraño hay en que las circunstancias que hacen posible reconocer esas particularidades del hecho punible, en atención a las cuales ha de identificarse la pena que resulta concretamente merecida y necesaria, adquieran relevancia tanto en el nivel de la concreción del marco penal abstracto como en el nivel de la individualización de la pena exacta al interior de ese marco ya concretado' (Mañalich Raffo, Estudios sobre la fundamentación y la determinación de la pena, pág. 225 226), lo cual también ha sido recogido la Excelentísima Corte Suprema en el motivo Décimo quinto en la causa Rol N°36.964 2021, conociendo de un recurso de nulidad respecto de una sentencia de este Tribunal Oral en lo Penal de Copiapó...".

Cuarto: Que, al tiempo de adentrarse en el planteamiento del primer acápite de causal de nulidad propuesta por la defensa del acusado a título primordial, fundado en la infracción a la garantía del debido proceso, esta Corte ha sostenido consistentemente, que se trata de un derecho asegurado por la Constitución Política de la República que ordena que toda decisión de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado, y al efecto el artículo 19, N° 3, inciso sexto, le confiere al legislador el deber de definir las condiciones de un procedimiento racional y justo.

Sobre los presupuestos básicos que tal salvaguardia supone, se ha dicho que el debido proceso lo constituyen a lo menos un conjunto de resguardos que la Carta Fundamental, los Tratados Internacionales ratificados por Chile en vigor y las leyes les entregan a las partes de la relación

procesal, por medio de las cuales se procura, a vía de ejemplo, que todos puedan hacer valer sus pretensiones en los tribunales; que sean escuchados; que puedan impugnar las resoluciones con las que no estén conformes; en su caso, que se respeten los procedimientos fijados en la ley con fidelidad a la Constitución y que las sentencias sean debidamente motivadas y fundadas (entre otras, SCS N°s 6.902 -2012, de 6 de noviembre de 2012; 2.747 -2013, de 24 de junio de 2013; 6.250 -2014, de 7 de mayo de 2014; 4.269 -2019, de 25 de marzo de 2019; y, 92.059 -2020, de 8 de septiembre de 2020).

Quinto: Que esta Corte también ha resuelto uniformemente que el agravio a la garantía del debido proceso debe ser real, en cuanto perjudique efectivamente los derechos procesales de la parte, esto es, que entrase, limite o elimine su derecho constitucional al debido proceso. Asimismo, ha señalado que la infracción producida a los intereses del interviniente debe ser sustancial, trascendente, de gravedad, de tal modo que el defecto sea, en definitiva, insalvable frente al derecho constitucional del debido proceso, por cuanto la nulidad que se pretende, en tanto constituye una sanción legal, supone un acto viciado y una desviación de las formas de trascendencia sobre las garantías esenciales de una parte en el juicio, en términos que se atente contra las posibilidades de actuación de cualquiera de los intervinientes en el procedimiento (entre otras, SCS N°s 4.269 2019, de 25 de marzo de 2019; 76.689 2020, de 25 de agosto de 2020; y, 92.059 2020, de 8 de septiembre de 2020).

En este entendido, la declaración de nulidad requiere que sea formalmente establecida alguna actuación defectuosa que sirva de fundamento a la invalidez, pues de ésta han de derivar las consecuencias lesivas para el ejercicio de los derechos de que se trate, y que a estos efectos se entiendan vinculados al artículo 373, letra a) del Código Procesal Penal.

Sexto: Que, del mérito de lo acontecido durante el juicio oral, aparece que pese a que, formalmente, el tribunal no efectuó la prevención a la víctima que depuso en estrado en calidad de testigo al tenor de lo dispuesto en el artículo 302 del compendio adjetivo, en torno a la posibilidad de abstenerse de declarar o de retractarse en cualquier momento del interrogatorio del consentimiento entregado para tal efecto, de lo incidentado por la defensa y de lo explicado por el propio tribunal a la víctima de forma previa a su interrogatorio, aparece que existió cierto grado de información en tal sentido.

Séptimo: Que, sin embargo y aun en el caso de entender que pudo haber existido un atisbo de vicio en el consentimiento brindado de la víctima para deponer en estrado, atendido lo expuesto por la recurrente y, aun prescindiendo de su relato o de su valoración para los efectos de formar convicción en los sentenciadores de fondo, del mérito de la restante prueba de cargo, en especial de los testimonios de los restantes deponentes, el tribunal del fondo estuvo habilitado para arribar al mismo resultado condenatorio.

En efecto, G. A. C. B., hermana de la víctima, dio cuenta que su hermana durante el año 2021 le develó haber sido abusada por su abuelo. Lo anterior le fue relatado cuando su hermana tenía 17 años, precisándole que sólo hubo tocaciones, entregándole detalles de cómo ellas se verificaron. Asimismo, se contó con el testimonio del padre de la víctima, J. C. C. C., quien

también dio cuenta de las circunstancias en las cuales su hija C. evidenció las experiencias abusivas de las cuales fue objeto por parte de su abuelo, así como las consecuencias emocionales que lo anterior le acarreó a su hija, asertos que fueron refrendados en estrado por el hermano de la víctima, J. M. C. B.

Por otra parte, también declararon en el juicio oral los funcionarios policiales que participaron en la investigación. En primer lugar, doña Claudia Chepillo González, quien dio cuenta de la denuncia efectuada por la víctima, quien dio razón circunstanciada de los episodios de abuso sufridos por parte de su abuelo, participando, además en la toma de declaración policial a los padres de la víctima.

Finalmente, se contó con el testimonio de la sicóloga doña Francisca Craviolatti Almeida, a quien fue derivada la víctima en el contexto del programa terapéutico, plan de intervención motivado por los episodios de abuso sexual sufrido por la víctima, lo cual fue pormenorizándose en cuanto a su contenido a lo largo de las sesiones desarrolladas y que fue el antecedente para poder efectuar el diagnóstico clínico en relación al daño ocasionado.

Octavo: Que, dado lo anterior, no se logra advertir el yerro denunciado, ya que aun en el evento de haberse prescindido de la declaración de la víctima, existieron otros antecedentes que habrían permitido formar igual convicción en torno a la existencia de los hechos constitutivos del delito reiterado de abuso sexual en persona menor de 14 años, así como de la participación que en ellos asistió al acusado a título de autor ejecutor, de forma tal que el eventual vicio denunciado carece de la trascendencia necesaria invocada por la defensa.

Noveno: Que, en lo que respecta al segundo subcapítulo de impugnación principal, no se advierte que la defensa hubiese estado impedida de interrogar a la testigo G. A. C. B. en relación a los hechos materia del juicio oral, en relación con las circunstancias de abuso en la persona de su hermana.

Huelga recordar que, el deber de dirección de la audiencia que asiste al tribunal, por conducto de su juez presidente, debe conjugar diversos aspectos. En primer lugar, velar porque los intervinientes se sometan a las directrices probatorias establecidas en el auto de apertura de juicio oral, en torno a los hechos propuestos en las acusaciones. Ahora bien, si bien la defensa tiene el derecho y el deber de controvertir la producción de la prueba de cargo conforme a su teoría del caso, en dicha labor debe ceñirse al respeto de las garantías constitucionales que blindan, no solo al acusado, sino que a todas las personas que participan de juicio, como lo son los testigos. En este entendido, la labor de la defensa si bien es amplia en torno a instaurar su teoría, ello no puede servir de pretexto para vulnerar derechos de terceros, como ocurrió en el caso de marras, de forma tal que no se advierte el yerro denunciado, pues el tribunal tiene el deber de velar, además, por los derechos y garantías fundamentales de todos quienes participan del juicio oral y no sólo de los intervinientes.

Por lo anterior, la causal de nulidad propuesta a título principal, no podrá prosperar.

Décimo: Que, en lo que guarda relación con la causal de invalidación propuesta en carácter subsidiario, no se advierte que el yerro denunciado hubiese tenido alguna incidencia

en la determinación de la pena impuesta al acusado. En primer lugar, huelga recordar que el delito de abuso sexual en persona menor de catorce años se encuentra sancionado con la pena de presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 366 bis. Ahora bien, y dada la reiteración de delitos, de acuerdo a lo establecido en el artículo 351 del compendio adjetivo, el tribunal estaba legalmente facultado para aumentar la pena de uno o tres grados. Para el caso de marras, el tribunal soberanamente optó por aumentar la pena en dos grados desde su mínimo, quedando en el quantum de presidio mayor en su grado medio, que va de diez años y un día a quince años. Dado que al acusado era merecedor al reconocimiento de la circunstancia minorante de responsabilidad penal de irreproachable conducta anterior, no podía imponérsele el tramo mayor dentro del grado, optando por imponerle doce años de presidio.

Ahora bien, en el ejercicio anterior, no se observa el yerro atribuido, pues aun de seguirse la línea argumentativa propugnada por el articulista, ella carece de incidencia en la determinación de la pena aplicada. En lo que respecta al eventual reconocimiento de la circunstancia minorante de reparación celosa del mal causado, prevista en el artículo 11, N° 7 del código de castigo y aunque, conforme a la reiterada y uniforme jurisprudencia de esta Sala, su ponderación resulta privativa de los sentenciadores del fondo, no siendo posible un nuevo examen en esta sede en cuanto a su procedencia, tampoco incide en la determinación de la pena a imponer, dado que en el caso de concurrir dos circunstancias atenuantes de responsabilidad penal, la rebaja en grado resulta de todo facultativa para los sentenciadores. Por lo anteriormente señalado, la causal en estudio tampoco podrá ser acogida.

Por estas consideraciones y de acuerdo, además, a lo dispuesto en los artículos 373, letras a) y b), 376 y 384 del Código Procesal Penal, se rechaza el recurso de nulidad deducido por la defensa del acusado Raúl Á. B. A. en contra de la sentencia de diecisiete de octubre de dos mil veintitrés, dictada por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Copiapó, y en contra el juicio oral que le antecedió en el proceso RUC 2.210.024.519 5, RIT 116 -2023, los que por consiguiente, no son nulos.

Regístrese, notifíquese y comuníquese.

Pronunciado por la Segunda Sala de la Corte Suprema integrada por los Ministros Sres. Jorge Dahm O., Leopoldo Llanos S., la Ministra Sra. María Teresa Letelier R., el Ministro Sr. Jean Pierre Matus A., y la Abogada Integrante Sra. Leonor Etcheberry C.

No firman los Ministros Sr. Dahm y Sra. Letelier, no obstante haber estado en la vista de la causa y acuerdo del fallo, por haber cesado de sus funciones y por estar con feriado legal, respectivamente.

38. Corte Suprema, 8 de enero de 2024, rol N° 178.975 -2023.

Redacción de ministra Gloria Ana Chevesich R.

Susceptibilidad de adopción. Interés superior del niño, niña y adolescente. Principio de prioridad de la familia biológica. Vínculo paterno filial. Adopción por integración. Reforzamiento de habilidades parentales. Ponderación de toda la prueba rendida. Errada valoración de la prueba. Derecho a la identidad.

I. Sentencia de casación

Santiago, ocho de enero de dos mil veinticuatro.

Vistos:

En autos número de RIT N°A 3 2021, RUC N°21 2 2301952 5, caratulados "T. /F. ", sobre susceptibilidad de adopción, seguidos ante el Juzgado de Familia de Talcahuano, por sentencia de siete de noviembre de dos mil veintidós, se acogió la solicitud y se declaró que el niño es susceptible de ser adoptado, rechazándose la demanda de cuidado personal, sin costas, por estimarse que el requerido tuvo motivo plausible para litigar; que fue confirmada por una sala de la Corte de Apelaciones de Concepción, por sentencia de cinco de julio de dos mil veintitrés. En contra de la última decisión, el requerido dedujo recurso de casación en el fondo denunciando la conculcación de las normas legales que cita, y solicita que se lo acoja y se la anule, acto seguido, sin nueva vista y separadamente, se dicte la de reemplazo que describe. Se trajeron los autos en relación.

Considerando:

1° Que, en primer lugar, el recurrente señala que después de la separación de la madre del niño, proceso no fácil, y una vez que la madre comenzó una relación afectiva con quien es su actual cónyuge, se generó un cambio drástico en su conducta, que se manifestó en impedimentos y conductas obstaculizadoras en la vinculación filio/paterna así como una grave vulneración del derecho del niño; que se suscribió un acuerdo de mediación en causa RIT M 1143 2012, acordándose un régimen de relación directa y regular en favor del niño y que su madre, con fecha 11 de junio de 2013, realizó una denuncia en la 2ª Comisaría de Carabineros de Talcahuano que dio origen al parte N° 759 por una "supuesta vulneración en la esfera de la sexualidad de A. ", que fue el comienzo de una larga pesadilla para el padre e hijo, impidiéndose todo tipo de contacto entre ellos, que devastó al primero; que se inició una serie de causas de protección a favor del niño, dictándose medidas cautelares que impidieron la vinculación entre ellos; que la madre y su familia incurrió en agresiones físicas y amenazas en contra del padre y de su grupo familiar, lo que dio origen a una denuncia por el delito de lesiones, causa RUC 1301240965 0, con la finalidad de sacar al progenitor de la vida de su hijo, vulnerando gravemente su derecho a verlo; que la denuncia por abuso sexual no se formalizó, por falta de prueba, y está archivada provisionalmente hasta el día de hoy; que se inició una causa de

medida de protección RIT P 727 2013, en la que, por resolución de 23 de octubre de 2013, se decretó como medida de protección el ingreso del niño a PRM Sol Naciente por seis meses, y la prohibición de acercamiento de su padre por igual periodo; que se inició causa RIT C 1798 2015 con motivo de una demanda relativa a modificación del régimen de relación directa y regular, deduciéndose una reconvencional de cese de la misma, y por sentencia de fecha 12 de septiembre de 2017 se acogió la última, poniéndose término a la relación directa y regular entre el padre y su hijo; que en causa RIT C 2004 2017, por sentencia de 07 de mayo de 2018, se decretó que el cuidado personal le correspondía a la madre; y que en causa Rol V -61-2018 del Primer Juzgado Civil de Talcahuano, por sentencia de 3 de julio de 2019, se dispuso el cambio del segundo nombre y del apellido paterno original, por los actuales, de lo que el padre se enteró con la presente causa.

Luego, se alude a los puntos de prueba fijados por el tribunal y a los medios de prueba ofrecidos por los litigantes en la audiencia preparatoria, y se afirma que se infringió lo que dispone el artículo 42 número 3 de la Ley N° 16.618, en relación con los artículos 226 del Código Civil y 12 de la Ley N° 19.620; los artículos 32 y 66 de la Ley N° 19.968, 225 2 del Código Civil y 16 y 30 de la Ley N° 19.968.

Respecto del primer capítulo, en el recurso se sostiene que el supuesto de hecho de la norma invocada en la sentencia para hacer procedente la solicitud de susceptibilidad de adopción, es, precisamente, que los padres se encuentren inhabilitados física o moralmente por configurarse alguno de los presupuestos de hecho que menciona la primera disposición, y que implica un estándar mínimo que permita darlo por cumplido; y el anclaje para sustentarlo es la presunta vulneración en la esfera de la sexualidad de A. y, al respecto, se debe considerar que la denuncia en contra del progenitor generó casi de manera ipso/facto la separación por medidas cautelares que se mantuvieron vigentes por mucho tiempo, por lo tanto, el padre no está inhabilitado moralmente y fue el escenario al cual se vio enfrentado a lo largo de años lo que le impuso una imposibilidad de actuar, lo que da cuenta lo señalado; y, conforme a la cronología expuesta, se vislumbran actos del padre tendientes a vincularse con su hijo y, por ende, de preocuparse de su crianza, como es el inicio de la causa RIT C 1798 2015, pero, por una mala representación legal, no pudo incorporar prueba y si bien se accedió a la demanda reconvencional de la madre, no justifica por sí solo declarar susceptible de adopción al niño; y unido al cambio de su segundo nombre y apellido paterno, se generó una total y completa eliminación de la figura paterna de la vida de su hijo por hechos falsos que se traducen en una completa tragedia familiar a partir de la denuncia presentada en el año 2013, época en que el niño tenía dos años de edad, y su conciencia y falta de discernimiento le ha impedido tomar la realidad de manera objetiva, en el sentido de la evidente imposibilidad del padre de formar parte de su vida. Refuerza lo anterior el hecho que en la causa de cumplimiento de la medida de protección, RIT X 134 2014 del Juzgado de Familia de Talcahuano, jamás hicieron parte al padre, en ningún momento se lo buscó por el organismo técnico PRM para establecer un tipo de terapia donde pudiera participar, con ello, acercarse al hijo. Asimismo, se debe considerar

lo que señala el informe evacuado por DAM Colina relativo a las habilidades parentales, que inexplicablemente la curaduría ad litem renuncia a su incorporación, y que refiere que el padre está en una zona óptima e incluso sugiere que se lo derive al PPF Colina, a fin de dar acompañamiento psicoeducativo en torno a las competencias parentales descendidas, vislumbrando un camino hacia una terapia de re vinculación con su hijo.

En definitiva, en el recurso se sostiene que fue desacreditado el argumento invocado por la madre para obtener que se declare la susceptibilidad de adopción del niño, pero en la sentencia impugnada se concluye que el padre está inhabilitado moralmente, pero sin sustentarse en prueba alguna, salvo el transcurso del tiempo, factor que no puede analizarse de manera individual, sino que considerando la imposibilidad concreta del padre de vincularse de alguna manera con su hijo por largos años, ya que hubo actos de entorpecimiento, obstaculización, realidad asumida por el niño en estos años y, por último, acciones ejecutadas por la madre, a saber, denuncia infundada por violación y el cambio del apellido paterno por el de su cónyuge. Entonces, el análisis que contiene la sentencia refutada no considera las acciones ejecutadas por el padre, consistente en haber dado inicio a la causa C 1798 2015 del Juzgado de Familia de Talcahuano, para modificar el régimen de relación directa y regular, que pierde por falta de asesoría letrada, y, actualmente, existe una causa en curso RIT C 2162022 del mismo tribunal, iniciada el 7 de Febrero de 2022, en etapa de audiencia de juicio, antecedentes plausibles que muestran fehacientemente los actos ejecutados para estar en la vida del niño o para dar la oportunidad a través de una terapia pertinente, como lo han sugerido los profesionales respectivos.

En el segundo capítulo, se acusa la incorrecta o nula aplicación del artículo 32 de la Ley N° 19.968, en relación al artículo 66 de la misma ley, pues no se analizó toda la prueba, ni se efectuó un análisis crítico de la misma, lo que implica que la sentencia definitiva fue pronunciada con omisión del requisito que establece el número 4 de la última disposición citada, e incurrió en una errónea aplicación de las normas de la sana crítica, que obliga al tribunal a exponer y desarrollar los raciocinios que motivan cada una de las conclusiones para que sean conocidos por los litigantes y puedan hacer uso de sus derechos, dado que no se apreciaron todas las probanzas aportadas, ni se establecieron los hechos que se encontraban probados en función de aquellas, lo que se ve reflejado no solo en la falta de análisis de la prueba rendida por los litigantes, sino que, además, de toda la prueba del progenitor, pues, al respecto, en exiguas cuatro líneas se señala:

"Que, en cuanto a la restante prueba rendida, en especial la pericia realizada al padre requerido, si bien ha concluido condiciones positivas tanto de su conducta personal como familiar, atendido lo ya razonado a través de esta sentencia, en nada altera lo concluido."

Por último, se alude a los razonamientos de la sentencia impugnada en torno al interés superior del niño cuya susceptibilidad de adopción se solicita declarar, esto es, a la conveniencia que le representaría la adopción, en el sentido que es efectivo que los informes sociales y psicológicos evacuados, junto con el emitido por la médico psiquiatra infanto juvenil,

doña Marcela Álvarez Camilo, de la Unidad Clínica de Psiquiatría y Salud Mental del Hospital Las Higueras de Talcahuano, concluyen que tendría una familia que lo proteja y lo contenga emocionalmente, lo que es lógico considerando el tiempo que ha permanecido en ese núcleo familiar separado de su padre siendo su único entorno conocido; y refieren que, al parecer, aun vivencia algo problemático cada vez que debe presentar sus papeles, como el certificado de nacimiento, por lo que ahora ser adoptado por la persona que juega actualmente un rol paterno.

Pues bien, este punto resulta coherente con el anterior, ya que se trata de un niño que con tan solo dos años de vida fue separado de su padre quien, por largos años, se vio imposibilitado de acercarse a él y velar por su bienestar, siendo su única historia familiar conocida durante su infancia aquella seguida con su madre y cónyuge, siendo evidente que no teniendo una realidad objetiva y que tampoco nadie le iba a contar, su padre se vio cercenado de su vida, perdiendo imágenes, recuerdos, lo que conduce a que su relato de cuenta de lo señalado, y que también expone en la entrevista reservada donde fue oído asistido con consejería técnica y su curadora ad litem, por lo tanto, tiene una realidad formada por cuadros memoriales que absorbió con la crianza familiar que ha tenido en sus diez años de vida, principiando desde los dos años de edad, donde psicológicamente no tiene recuerdos formados que, a la larga, pueda traducirse en una opinión fundada. Se alude, sobre la materia, a lo manifestado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2017) que, cita lo concluido por el Comité de los Derechos del Niño (2013), respecto de la temática relativa a la garantía de los derechos de niñas, niños y adolescentes, y se concluye en el recurso que si bien el interés superior del niño es un principio rector que se debe considerar, de manera primordial, ante cualquier actuación respecto de niños, niñas o adolescentes, no se basta por sí solo, sino que debe ser ponderado con las circunstancias efectivas que envuelven la vida de aquellos, lo que no sucede en este caso, donde existe uno que solo es capaz de manifestar una opinión unilateral impuesta en una realidad artificial fruto de la concatenación de desafortunados hechos que se le han manifestado desde que tenía tan solo dos años de edad, de la cual no es su culpa pero responde a una sola realidad infantil y familiar, que influyen lo que ha vivenciado, donde existe un padre biológico que durante largos años estuvo completamente apartado de su vida sin tener la más mínima posibilidad de retomar con él un vínculo afectivo sano.

Concordante con ello, el recurrente sostiene que el tribunal al analizar la prueba al amparo de la norma acusada vulnerada debió tener presente una serie de consideraciones para ponderar ese interés abstracto, en especial, la opinión y los sentimientos expresados por el hijo, teniendo en cuenta su edad y su capacidad de discernimiento (artículo 225 2, apartado f, y 229, inciso primero, del Código Civil), lo que, en la práctica, no ocurrió, ya que si bien considera la edad y el discernimiento, se desarraiga completamente del elemento histórico de realidad vivida desde los dos años de edad y hasta los doce que hoy tiene. Así, por ejemplo, el punto de vista manifestado puede haber sido objeto de manipulación por parte de su madre o su pareja, aun sin darse esa mediatización de sus palabras, sus anhelos pueden ser claramente contrarios

o contraproducentes a sus verdaderas necesidades, aspecto que tampoco fue desarrollado de manera concreta.

Asimismo, atendido la similitud de resoluciones judiciales, se cita el caso *Atala Riffo y niñas vs. Chile*, en el que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en sentencia de 24 de febrero de 2012, concluyó que la sentencia de la Corte Suprema de Justicia chilena violó el derecho de las niñas a ser oídas consagrado en el artículo 8.1, en relación con los artículos 19 y 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, ya que no explicó cómo evaluó o tomó en cuenta las declaraciones y preferencias hechas por ellas y que constaban en el expediente, tal como sucede en el caso de marras. En efecto, en esa oportunidad se constató que no se adoptó una decisión en la que se razonara sobre la relevancia atribuida por dicho órgano judicial a las preferencias de convivencia que expresaron y los motivos por los cuales se apartaron de su voluntad. Por el contrario, la Corte Suprema se limitó a fundamentar su decisión en el supuesto interés superior de las tres menores de edad, pero sin motivar la razón por la que consideraba legítimo contradecir la voluntad que expresaron durante el proceso de tuición, teniendo en cuenta el estrecho vínculo existente entre el derecho de los niños, niñas y adolescentes a ser oídos y el objetivo de dar contenido al principio del interés superior del niño.

Desde esta óptica, la validez de la opinión del niño es relativa precisamente por todos aquellos elementos que envuelven su opinión, donde la judicatura no buscó los antecedentes necesarios en el iter probatorio para ponderarla, sino que, a contrario sensu, lo da por acreditado tomando su opinión de manera absoluta, lo que es contrario al mismo principio en estudio. Sobre este punto, el peritaje evacuado por la perito sicóloga, doña Jeannette Alejandra Oyarce Chang, lamentablemente no se pondera ni valora, transcribiéndose lo que señaló; lo que se puede cotejar con el informe evacuado por DAM Colina que sugiere ingresar al adulto evaluado a PPF Colina, a fin de otorgar acompañamiento psicoeducativo en torno a las competencias parentales descendidas vislumbrando un camino hacia una terapia de re vinculación con su hijo. Es decir, y sin negar que el niño tiene un núcleo familiar armado y sano, no se justifica ni existen los antecedentes suficientes para acceder a la susceptibilidad de su adopción precisamente porque el padre es una figura que si bien tiene una personalidad disminuida por todos los eventos vividos, incluida una denuncia infundada de violación, es recuperable, cuenta con habilidades parentales óptimas con ningún rasgo psiquiátrico que genere algún riesgo donde la terapia filio/paterna responde al camino lógico.

En ese contexto, luego de citar lo que Eduardo Couture postula respecto de la sana crítica, concluye, que si bien dicho sistema probatorio permite a la judicatura un mayor grado de libertad, no puede apartarse de los principios de la lógica, la experiencia y la razonabilidad en los fallos, debiendo tomar en consideración toda la prueba rendida en la causa, de manera que su apreciación sea consistente y armónica. Sin embargo, en el presente caso, no se siguió ningún proceso lógico, razonado ni consistente, ni se evaluó la multiplicidad de pruebas en su conjunto, de forma armónica, coherente y consistente.

Luego, en el recurso se señala cómo los errores de derecho denunciados influyeron substancialmente en lo dispositivo de la sentencia, y se solicita se la anule, acto seguido y sin nueva vista, se dicte la de reemplazo que describe;

2° Que en la sentencia impugnada se asentaron los siguientes hechos:

a. La investigación penal originada por la denuncia de abuso sexual formulada en contra del progenitor concluyó sin resultados positivos, archivándose provisoriamente en agosto de 2013.

b. En causa número de rol P 727 2013, del Juzgado de Familia de Talcahuano, por resolución de fecha 23 de octubre de 2013, se decretó a favor del niño la medida de protección de ingreso a un programa de reparación de maltrato grave, se prohibió al padre su acercamiento y, además, se suspendió el régimen de relación directa y regular, lo último por el plazo de seis meses por estar pendiente la investigación penal.

c. En causa C 1798 2015, del mismo tribunal, por sentencia datada el 12 de septiembre de 2017, se desestimó la demanda del padre destinada a modificar el régimen de relación directa y regular que tenía con su hijo, por falta de prueba, y se acogió la reconvencional de cese del referido régimen.

d. Por sentencias dictadas en las causas C 2004 2017, de igual juzgado, y V 612018, del Primer Juzgado Civil de Talcahuano, se confió a la madre el cuidado personal del hijo y se le cambió su apellido paterno al de T., que corresponde al cónyuge de aquella, respectivamente, sin oposición del padre.

e. El padre, desde al menos agosto de 2013, no mantiene contacto con su hijo, conforme sentencias dictadas en causas P 727 2013, de 23 de octubre de 2013, y C 1798 2015, de 12 de septiembre de 2017, y no acreditó que haya pagado alimentos; y presenta condiciones positivas tanto de su conducta personal como familiar.

f. La madre y su cónyuge han asumido la crianza y educación del niño.

g. El niño, nacido el 22 de octubre de 2010, tiene un desarrollo psicoemocional físico acorde a su etapa de ciclo vital, con un grado de autonomía progresiva acorde a su edad cronológica; tiene una familia que lo protege y lo contiene emocionalmente; le gusta el deporte y participa en varios talleres deportivos, vivenciando algo problemático para él, cada vez que debe presentar sus papeles, como el certificado de nacimiento, porque vuelve a aparecer la situación que aún le afecta, generándole angustia y ansiedad, por lo que añora ser adoptado por la persona que ahora juega el rol paterno, a quien considera como su padre, y no desea hablar del biológico.

En seguida, transcribe los artículos 7, inciso segundo, y 11 de la Ley N° 21.430, sobre Garantías y Protección Integral de los Derechos de la Niñez y Adolescencia, y concluye que concurre la causal prevista en el artículo 42 número 3 de la Ley N° 16.618, en relación con los artículos 226 del Código Civil y 12 de la Ley N° 19.620, para estimar que el padre se encuentra inhabilitado física o moralmente para ejercer el cuidado personal del hijo al no haber velado por su crianza, cuidado personal y educación, y que si bien el alejamiento tuvo su origen en una resolución

judicial, que, a su juicio, le provocó un impacto emocional que no le permitió reaccionar adecuadamente, no es menos cierto que ha transcurrido un tiempo más que prudente para haber iniciado acciones tendientes a ejercer el rol parental y que los requirentes son hábiles, y concordando, además, con la opinión de la curadora del niño, se acogió la solicitud.

Por último, en cuanto a la restante prueba rendida, en especial la pericia realizada al padre, que señala que tiene condiciones positivas en el ámbito de su conducta personal y familiar, se decidió que en nada altera lo concluido;

3° Que, en forma previa, resulta de interés tener presente que la declaración o juicio de susceptibilidad que es antecedente a la adopción, tiene por objetivo resguardar el derecho de los niños, niñas y adolescentes a vivir en su familia de origen, al existir familiares que se oponen a la señalada declaración y se estima que concurren las causales legales para que aquella se formule; que la adopción genera consecuencias en la persona adoptada que serán de diferente magnitud o intensidad según su edad, etapa de desarrollo e historia de vida, las que se traducen en sentimientos de pérdida de la familia biológica o de las personas que conforman el grupo social de aquella, de rechazo por la actitud asumida a su respecto por sus progenitores biológicos, y tratándose de éstos, sensaciones de pérdida del hijo, hija y del rol parental, de duelo por la misma razón, entre otras repercusiones; y que la adopción trastorna la vida y perturba las identidades de todas las personas involucradas, sosteniéndose a propósito del derecho a la identidad que es "...el conjunto de atributos y características que permiten la individualización de la persona en sociedad y, en tal sentido, comprende varios otros derechos según el sujeto de derechos de que se trate y las circunstancias del caso. La identidad personal está íntimamente ligada a la persona en su individualidad específica y vida privada, sustentadas ambas en una experiencia histórica y biológica, así como en la forma en que se relaciona dicho individuo con los demás, a través del desarrollo de vínculos en el plano familiar y social..." (sentencia Corte Interamericana de Derechos Humanos de 27 de abril de 2012).

Igualmente, "que es el conjunto de atributos y características que permiten individualizar a la persona en sociedad, por lo que es todo aquello que hace que cada cual sea uno mismo y no otro; por lo tanto, se despliega en el tiempo y se forja en el pasado desde el instante mismo de la concepción donde están las raíces y los condicionamientos pero traspasando el presente existencial, se proyecta al futuro." (Fernández Sessarego, C., Derecho a la identidad personal, Buenos Aires, Astrea, 1992, pág. 113 y 114).

Por su parte, la Convención sobre los Derechos del Niño, en el artículo 8, señala que: "Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas"

4° Que los presupuestos fácticos asentados deben permanecer inalterables en sede de casación, a menos que se denuncie la conculcación de lo dispuesto en el artículo 32 de la Ley N°19.968, que señala que "Los jueces apreciarán la prueba de acuerdo a las reglas de la

sana crítica. En consecuencia, no podrán 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, en el recurso se impugna la decisión de la judicatura de descartar la prueba aportada por el padre con la finalidad que se rechace la solicitud de susceptibilidad de adopción del niño, la que se plasmó en los términos señalados en el acápite final del motivo precedente, por lo tanto, corresponde hacerse cargo, en primer lugar, de dicho capítulo.

5° Que, atendido los claros términos del artículo 32 de la Ley N° 19.968, la judicatura está facultada para apreciar la prueba con libertad, con las limitaciones que indica, e insta que las motivaciones den cuenta o exterioricen las reflexiones conforme a los cuales se logró arribar a un determinado convencimiento que condujo a dar por establecido cada uno de los hechos materia de prueba, lo que, en concreto, se traduce en la obligación de señalar todos los medios probatorios y examinarlos, tanto aquellos en los que apoya su convicción como de los que descarta, e indicar los motivos o argumentos que, a través del análisis de determinadas probanzas, le permitió dar por acreditados los hechos a probar; proceso que, en definitiva, permite conocer las consideraciones en que se apoya la decisión adoptada, pudiendo ser sometido a examen tanto por las partes como por el tribunal superior, por la vía del conocimiento del recurso que la cuestione;

6° Que la sentencia impugnada, en relación a la prueba rendida por el recurrente, alude a una pericia que se le practicó y solo rescata que infiere que es positiva su conducta personal y familiar, y en relación a la restante señala "... atendido lo ya razonado a través de esta sentencia, en nada altera lo concluido", reflexión que no puede entenderse que cumple la obligación legal de que se trata, pues es, precisamente, su ponderación previa en la forma como se señaló, la que autorizará inferir si tiene incidencia en la decisión del asunto sometido a la consideración del tribunal; conclusión que, en todo caso, también aplica tratándose de los documentos que la recurrida acompañó, pues, la sentencia acompañada y que se dictó por el Primer Juzgado Civil de Talcahuano en la causa V 61 2018, no da cuenta de lo que se afirma a su respecto;

7° Que como la infracción constatada al artículo 32 de la Ley N° 19.968 es suficiente para anular la sentencia refutada, se estima innecesario analizar los demás capítulos del recurso.

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 por la parte demandada en contra de la sentencia de cinco de julio de dos

mil veintitrés, dictada por una sala de la Corte de Apelaciones de Concepción, y se la anula y reemplaza por la que, sin nueva vista y separadamente, se dicta a continuación.

Regístrese.

Pronunciado por la Cuarta Sala de la Corte Suprema integrada por los ministros, señoras Gloria Ana Chevesich, Andrea Muñoz S., María Cristina Gajardo H., señor Diego Simpértigue L. ministra suplente señora Dobra Lusic N. No firman, no obstante haber concurrido a la vista y al acuerdo de la causa, el ministro señor Simpértigue y la ministra (s) señora Lusic, por estar haciendo uso de su feriado legal el primero y por haber terminado su periodo de suplencia la segunda.

II. Sentencia de reemplazo

Santiago, ocho de enero de dos mil veinticuatro.

Vistos:

Se reproducen de la sentencia apelada de siete de noviembre de dos mil veintidós, dictada por el Juzgado de Familia de Talcahuano, los considerandos Primero a Quinto, Octavo, Noveno y acápites primero y segundo del Décimo, eliminándose los restantes, y en el Sexto se sustituye la frase "en ninguno de los dos instrumentos" por "en la primera causa mencionada".

Asimismo, se reproducen de la sentencia de casación los motivos 2º, pero se agrega en el acápite d., a continuación de la expresión "sin oposición del padre", la frase "en la primera causa, pues en la segunda no fue emplazado", y el 3º.

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

1º Que el examen del sistema de tramitación de causas, SITCI, del proceso seguido ante el Primer Juzgado Civil Talcahuano, número de rol V 61 2018, permite advertir que la solicitud que la señora P. O. formuló para cambiar los nombres y apellidos de su hijo se tramitó como gestión voluntaria, sin emplazar al padre de aquél, siendo acogida, previo requerirse informe al Registro Civil e Identificación y recibirse la información sumaria de testigos, consistente en los dichos de ella, de su cónyuge y de una tía.

2º Que la parte demandada acompañó una ampliación de un informe psicológico pericial, emitido por la señora Anamaría Muñoz Durán, psicóloga forense, de la Unidad de Salud Mental del Servicio Médico Legal de Concepción, datado el 9 de enero de 2017, cumpliendo un cometido dado por el Juzgado de Familia de Talcahuano, que da cuenta que el señor F. A. se encuentra más auto centrado debido a malestar emocional y sufrimiento psíquico, lo que lo hace estar más retraído hacia sí mismo y distanciado del entorno social, y con apoyo de especialista el estado es reversible; que no presenta alteraciones en la esfera de su salud mental que lo inhabiliten en el ejercicio de su rol ni descontrol de impulsos patológicos, tampoco empobrecimiento afectivo que limite su relación vincular ni sintomatología depresiva o ansiosa significativa para el diagnóstico de un cuadro clínico que impida una relación paterno filial, pero dado el tiempo transcurrido en que no ha existido contacto entre padre e hijo es necesario un proceso de re vinculación paulatino, supervisado y guiado.

Además, un informe pericial psicológico emitido por la señora Jeannette Oyarce Chang, perito psicóloga de la Corte de Apelaciones de Concepción, Bienio 2022 2023, de fecha 25 de abril de 2022, respecto del señor F. A. y para esta causa, que señala: que presenta una estructura de personalidad neurótica o normal; se evidencian rasgos de personalidad evitativos, pasivos y resilientes, cuyos indicadores de ansiedad se encuentran dentro de un rango esperable o normal, sin evidenciarse rasgos narcisistas ni de personalidad agresivos; su capacidad de control de impulsos es adecuada y la de empatía, se encuentra desarrollada; su mecanismo de defensa a la base de su funcionamiento emocional es la represión y se evidencia una falta de reactividad sobre su fondo ansioso producto de la situación vivida con su hijo, debido a las acusaciones hechas por la madre hacia su persona: acusación de violación e impidiéndole todo tipo de contacto desde que el niño tenía 2 años y medio, y reflexiona acerca de la pérdida de la relación cercana con él, aunque, se aferra a lo que ha conseguido con su familia actual; sus competencias paternas se encuentran desarrolladas dentro de una zona óptima; se descarta perfil de abusador. Finalmente, señala que el peritaje es capaz de concluir que el peritado presenta perfil de víctima, identificando como la posible causante del daño emocional a la madre de su hijo, y sugiere iniciar terapias de revinculación del padre con su hijo y de coparentalidad entre los progenitores.

Pues bien, los conocimientos científicamente afianzados son los saberes proporcionados por las ciencias y las técnicas (artes y oficios reputados), que surgen luego de operaciones metódicas estandarizadas, cuyos resultados son verificables y susceptibles de refutación, y, en el caso concreto, se debe tener en consideración que la primera pericia fue practicada por un perito del Servicio Médico Legal y el examen del documento que contiene la segunda da cuenta que para arribar a las conclusiones se empleó una metodología de trabajo consistente en la revisión de antecedentes emitidos por los Juzgados de Familia de Talcahuano y de Colina y de bibliografía atinente al caso; en la realización de entrevistas clínicas semi estructuradas; en la aplicación de los siguientes procedimientos: test diferentes, inventario multifacético de personalidad de Minnesota 2, pautas de entrevista de apego adulto (EPAA), escala de gravedad de síntomas del trastorno de estrés postraumático, escala de ansiedad y de depresión de Hamilton, supervisión del caso en reunión técnica con profesional especialista en evaluación psicológica con el fin de monitorear y controlar las variables aplicadas en la metodología y en el análisis de resultados y de conclusiones de la evaluación y, finalmente, uno de corrección cuantitativa y cualitativa de las pruebas, hipótesis y análisis. En razón de lo anterior, dada la consistencia de ambas pericias, en opinión de esta Corte, corresponde tener por probado los hechos de que dan cuenta.

3° Que, atendido lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley N° 19.620, la institución de 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 pueden ser proporcionados por su familia de origen. Conforme a su artículo 15, 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 en vía de ser adoptado debe emitirse una vez que se determine que es imposible decretar otras medidas para mantenerlo en ella. El artículo 8 del Reglamento respectivo reitera dicho criterio, pues indica que solo debe darse en adopción cuando se haya verificado que la familia no puede procurarle los cuidados tendientes a satisfacer sus requerimientos de todo orden. Considerando dicho contexto normativo, no cabe duda de que los principios esenciales que la informan sean el de la "subsidiariedad" y el de la "prioridad de la familia biológica".

4° Que, asimismo, se debe tener presente que la declaración de susceptibilidad de adopción procede sea que el niño tenga o no su filiación determinada, cuando el padre, madre o las personas a quienes se ha confiado su cuidado se encuentran en alguna de las situaciones que señalan los números 1, 2 y 3 del artículo 12 de la Ley N° 19.620, a saber, 1) inhabilidad física o moral para ejercer el cuidado personal, de conformidad con el artículo 226 del Código Civil, que debe concordarse con el artículo 42 de la Ley de Menores, que prescribe que debe entenderse como tal, 1° cuando están incapacitados mentalmente; 2° cuando padecen de alcoholismo crónico; 3° cuando no velaren por la crianza, cuidado personal o educación; 4° cuando consintieren en que el hijo se entregue en la vía o en los lugares públicos a la vagancia o a la mendicidad, ya sea en forma franca o a pretexto de profesión u oficio; 5° cuando hubieren sido condenados por secuestro o abandono de menores. 6° cuando maltrataren o dieran malos ejemplos al niño. 7° cuando su permanencia en el hogar constituye un peligro para su moralidad; y 8° cuando cualesquiera otras causas coloquen al niño en peligro moral o material; 2) falta de atención personal o económica durante el plazo de dos meses, si es de edad inferior a un año, es de treinta días; y 3) entrega del niño por parte de quienes lo tienen a su cuidado a una institución pública o privada de protección de menores o a un tercero, con ánimo manifiesto de liberarse de sus obligaciones legales; ánimo que se presume cuando se abandona al niño en la vía pública, en lugar solitario o en recinto hospitalario; cuando la mantención del niño a cargo de la institución o del tercero no obedezca a una causa justificada, que la haga más conveniente para los intereses del niño que el ejercicio del cuidado personal por el padre, la madre o las personas a quienes se haya confiado su cuidado; y cuando dichas personas no lo visitan por lo menos una vez durante el plazo de dos meses, que es de treinta días cuando tiene menos de un año.

En el presente caso, se concluyó que se configuró la causal prevista en el artículo 42 número 3 de la Ley N° 16.618, en relación con los artículos 226 del Código Civil y 12 de la Ley N° 19.620, pues el padre se encuentra inhabilitado física o moralmente para ejercer el cuidado personal del hijo al no haber velado por su crianza, cuidado personal y educación. Sin embargo, como el comportamiento que se le atribuye y que condujo a que se lo declarara inhabilitado moralmente para el efecto señalado, se debió, principalmente, a la conducta asumida por la madre pues, basada en un presunto abuso sexual del niño que le imputó, inició diferentes juicios que, en una primera etapa, provocaron dificultades para relacionarse con su hijo, y que,

en una segunda, se tradujo en la eliminación total del vínculo paterno filial, también al impacto que en el fuero interno del padre provocó la denuncia de abuso sexual en su contra, lo que si bien no lo excusa de su conducta pasiva, se vio agravado por la estructura de su personalidad que le impidió reaccionar adecuada y prontamente para revertir la situación y recuperar el rol paterno, se debe concluir que la referida causal no concurre, por lo mismo, que no procede acceder a la solicitud formulada, con ello, declarar que el niño es susceptible de ser adoptado.

5° Que, no obsta a dicha conclusión, lo manifestado por el niño, pues se funda en una sola versión, de tipo parcial, que se le ha dado a conocer por su madre y su familia, en una única realidad, de igual característica, que ha sido generada por ella y su entorno, a lo que se ha visto expuesto durante todos los años de su corta vida, por lo mismo, no se trata de un relato que haya sido el resultado de experiencias vividas con su padre, de quien, por lo ya señalado, ha sido privado de conocer.

6° Que, por último, a juicio de esta Corte, no se vislumbran las ventajas que al niño le proporcionaría que se decreta la adopción por integración, en el entendido de que en los hechos se ha construido una relación sólida y cercana con el solicitante, cónyuge de la madre, mas sí, que le reportará beneficios mantener, previa re vinculación padre hijo y reforzamiento de las habilidades parentales, los vínculos familiares con su familia paterna, pues es una oportunidad para incorporarla a su vida, la que le podrá brindarle afecto y protección.

Por estas consideraciones y de conformidad, además, con lo dispuesto en los artículos 186 y siguientes del Código de Procedimiento Civil y artículo 67 de la Ley N° 19.968, se revoca la sentencia apelada de siete de noviembre de dos mil veintidós, dictada por el Juzgado de Familia de Talcahuano, que acogió la solicitud formulada y declaró que el niño es susceptible de ser adoptado, y se declara, en su lugar, que se la rechaza, sin costas.

Regístrese, notifíquese y comuníquese.

Pronunciado por la Cuarta Sala de la Corte Suprema integrada por los ministros, señoras Gloria Ana Chevesich, Andrea Muñoz S., María Cristina Gajardo H., señor Diego Simpértigue L. ministra suplente señora Dobra Lusic N. No firman, no obstante haber concurrido a la vista y al acuerdo de la causa, el ministro señor Simpértigue y la ministra (s) señora Lusic, por estar haciendo uso de su feriado legal el primero y por haber terminado su periodo de suplencia la segunda.

39. Corte Suprema, 8 de enero de 2024, rol N° 241.652-2023.

Abuso sexual impropio. Racional y justo procedimiento. Vicio del consentimiento. Errónea aplicación del derecho Infracción garantías constitucionales Declaración de la víctima Derecho a controlar y confrontar la prueba de cargo. Decisión debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado. Acción penal pública previa instancia particular. Agravio debe ser real. Debido proceso. Rebaja en grado. Infracción sustancial, trascendente, y de gravedad.

Santiago, ocho de enero de dos mil veinticuatro.

Vistos:

El Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Copiapó, por sentencia de diecisiete de octubre de dos mil veintitrés, en los antecedentes RUC 2.210.024.519-5, RIT 116-2023, condenó a Raúl Ángel B. A., como autor del delito reiterado de abuso sexual a menor de 14 años, en grado de desarrollo consumado, cometidos en fechas indeterminadas, en la comuna de Vallenar, en perjuicio de F., a la pena única de doce años de presidio mayor en su grado medio y a las accesorias legales y especiales.

En contra de dicho fallo, la defensa del sentenciado dedujo recurso de nulidad, el cual se conoció en la audiencia pública de diecinueve de diciembre de dos mil veintitrés, convocándose a los intervinientes a la comunicación de la sentencia para el día de hoy, como consta del acta respectiva.

Considerando:

Primero: Que el recurso de nulidad se cimenta, de manera principal, en la causal de nulidad prevista en el artículo 373, letra a) del código adjetivo, escindiendo la argumentación en dos subcapítulos. A través del primero, denuncia que durante el desarrollo del juicio, se ha infringido el derecho al debido proceso, en concreto, el deber que tenía el tribunal de advertir a la víctima —en calidad de testigo de cargo— que no tenía obligación de declarar en contra del acusado —dada la consanguineidad en línea recta que los liga—, por lo que la falta de advertencia vulnera el principio acusatorio y las normas sobre las cuales puede producirse la contradicción en el marco de un proceso penal adversarial.

Explica que, durante la realización de la audiencia de juicio, al momento de recibir la prueba testimonial de la víctima, el juez presidente del tribunal, en ejercicio de las facultades que establece el artículo 292 del código adjetivo, omitió —deliberadamente— informar que, conforme lo establece el artículo 302 del mismo cuerpo legal y en su calidad de descendiente del acusado, no estaba obligada a declarar en su contra. Lo anterior, dado que si bien al momento de presentarse la víctima en estrado, se le preguntó si prestaría o no declaración, se le tomó juramento ante lo cual la defensa incidentó solicitando al tribunal que le aclarara a la víctima si declararía o no, teniendo en cuenta que le asistía el derecho de no hacerlo, a lo que la víctima señaló que solo en ese momento se había enterado de sus derechos y que no sabía si podía decir que no prestaría declaración.

En dicho contexto, el tribunal señaló a la testigo que no le producirá ningún perjuicio el prestar declaración, pero sin informarle sobre el derecho a no declarar previsto en el citado artículo 302.

Pese a la insistencia de la defensa en que el tribunal debía cumplir con informar este derecho, no solo en los términos de que su declaración “no le producía perjuicio”, el tribunal dio por superado el incidente, ante lo cual la defensa realizó reserva de derechos.

Es más, afirma que se ha condenado al acusado en virtud de una declaración respecto de la cual la víctima se ha retractado, conforme consta en la declaración notarial de fecha 19 de octubre de 2023, que constituye prueba que se ofrece para acreditar la causal que se invoca en el presente recurso, de acuerdo con lo establecido en el inciso final del artículo 302 en relación con el artículo 359, ambos del Código Procesal Penal.

A través del segundo subcapítulo de la causal en estudio argumenta que, durante el desarrollo de la audiencia de juicio oral, se coartó de modo absoluto el ejercicio del derecho a defensa en relación con las normas que regulan el interrogatorio y contrainterrogatorio de los testigos, todo ello más allá

del deber de evitación de la victimización secundaria, incorporado al Código Procesal Penal en virtud de la Ley 21.523. En concreto, durante el juicio oral la defensa inició una línea de contrainterrogatorio a la hermana de la víctima tendiente a sembrar la duda sobre la posibilidad de que ésta o su hermana hubiesen sido víctimas durante su infancia de otros delitos contra la integridad sexual por parte otros parientes, distintos del acusado y que, producto del transcurso del tiempo, no recordasen con claridad quién o quiénes habrían o podrían haber sido los autores y, por ende, existiese la posibilidad de que frente a la ausencia de recuerdos la víctima estuviese sustituyendo a la persona del agresor, sindicando a su abuelo —acusado de autos— como el único autor de todos los abusos sexuales que sufrió, en circunstancias que podría haber sido otro pariente cercano. Esta línea de contrainterrogatorio surgió a partir de la propia declaración de la víctima en el juicio oral, la que difiere de los hechos objeto de la acusación y que fueron establecidos conforme a su declaración en la etapa de investigación, en la medida en que la víctima agregó hechos nuevos, según se desprende de la valoración que hace de ellos el propio tribunal en la sentencia que se recurre, según puede verse en los considerandos décimo y décimo segundo del fallo.

Pues bien, al iniciar la defensa esta línea de contrainterrogatorio a la testigo de cargo doña Ingrid, el tribunal interrumpió abruptamente a la defensa, indicando que debía de abstenerse de realizar esa clase de preguntas y si las realizaba debía ser en términos genéricos, sin indicar nombres de parientes ni de personas concretas, lo anterior, debido que a juicio del tribunal le asistían a la declarante en calidad de mujer, un plexo de derechos, asociados a la no victimización secundaria, producto de lo establecido en la Convención de Belem do Pará, la Convención Internacional de Derechos del Niño, la Ley 21.430 sobre Protección y Garantías de Derechos de la Niñez, el Acta 44-2022 de la Corte Suprema, que normaliza la anonimización de datos y las últimas modificaciones al artículo 109 del Código Procesal Penal

que impedirían nombrar partes, testigos y familiares en las actas, disposición legal que se establece a favor de las víctimas, pero no de los testigos que declaran en el juicio oral.

En base a lo expuesto, solicita invalidar la sentencia y el juicio oral ordenando se disponga la realización de un nuevo juicio oral.

Segundo: Que, de manera subsidiaria, funda su arbitrio en la causal contenida en el artículo 373, letra b) del Código Procesal Penal, toda vez que el tribunal aplicó retroactivamente las normas previstas en las Leyes 21.523, publicada en el Diario Oficial el 31 de diciembre de 2022; y, 21.483, publicada en el Diario Oficial el 24 de agosto del año 2022, para determinar el quantum de la pena aplicable, en circunstancia que dichas disposiciones introdujeron modificaciones a los artículos los 69, 368 bis A, 369 bis A y 372 ter, todas del Código Penal, interpretando dichos preceptos no sólo para excluir la aplicación del artículo 11, N° 7 del código de castigo, sino que también, para efectos de interpretar la “mayor o menor extensión del mal causado”, en la redacción actual del artículo 69 del mismo cuerpo legal, norma que no estaba vigente a la fecha de los hechos, lo cual influyó en lo dispositivo del fallo debido a que el tribunal, sobre la base de tales disposiciones, más rigurosas para el acusado, aumentó en dos grados la pena del delito de abuso sexual de menor de 14 años, imponiéndole en una interpretación errada del artículo 351 del código adjetivo, una pena de pena única de doce años de presidio mayor en su grado medio, en circunstancias que, de haber aplicado las normas de determinación de pena que estaban vigentes al momento de los hechos, debió haber impuesto una pena menor.

Lo anterior importa la concurrencia de un error en la aplicación del derecho por parte de los sentenciadores del fondo, que ha influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo, debido a que, de no haberse cometido el error y de haberse aplicado correctamente las citadas disposiciones, no se habría dictado en contra del imputado una sentencia condenatoria (sic), o debió estimarse otra calificación jurídica que la realizada por el tribunal, o bien, porque el juez a quo debió haber considerado concurrente una circunstancia modificatoria que desestimó y, por ende, debió haberse impuesto al acusado una pena menor. En tal sentido, la doctrina señala que la errónea aplicación “del derecho” no se refiere exclusivamente a la ley penal, sino que al significado de todos aquellos vocablos que se emplean en la tipificación del hecho punible o en la determinación de la responsabilidad.

Es decir, se refiere a la interpretación de la ley en sentido estricto (conceptos contenidos en las normas penales) y a los problemas de calificación o subsunción de los hechos a la causa). En la sentencia impugnada el tribunal aplicó erradamente y de modo retroactivo, en primer lugar, el artículo 368 bis A del Código Penal, incorporado con motivo de la Ley 21.523, para excluir *ipso iure* la posibilidad de apreciar la circunstancia atenuante prevista en el artículo 11, N° 7 del Código Penal. En segundo lugar, aplicó la disposición contenida en la norma del artículo 369 bis A del Código Penal, incorporada a través de la misma ley, en la medida en que tuvo en cuenta dicha norma para la argumentación sobre la determinación de la cuantía de la pena, en los términos que lo establece el artículo 69 del Código Penal, “la especial afectación psíquica o

mental de la víctima para la calificación de la extensión del mal producido por el delito". Lo anterior, en tanto para la determinación de la pena aplicable cita expresamente estas leyes en general, y, en particular, señala que los fundamentos ligados a la perspectiva de género y la necesidad de protección de mujeres víctimas de violencia sexual, en relación con las disposiciones contenidas en la Convención de Belem do Pará, impiden apreciar tanto la circunstancia prevista en el artículo 11, N° 7 del código punitivo, como también, omitir tales prerrogativas de protección de la mujer en cuanto a la pena aplicable y la mayor o menor extensión del mal causado.

Finalmente, realiza una aplicación tácita de los efectos que produce en el quantum de la pena aplicable, conforme al artículo 69 bis, vigente desde su incorporación a partir de la Ley 21.483, la concurrencia de la circunstancia agravante objetiva prevista en el artículo 12, N° 22 del Código Penal, esto es, cometer el delito en contra de un menor de edad, en cuanto excluye el grado mínimo de la pena aplicable si consta de dos o más grados. Lo anterior, porque sobre la base de estimar que existía una "multiplicidad de conductas, en efecto la reiteración fue de al menos cuatro delitos de abuso sexual", conforme se lee en el considerando décimo noveno de la sentencia, el tribunal aumenta, aplicando el artículo 351 del Código Procesal Penal, en dos grados la pena del delito de abuso sexual previsto en el artículo 366 bis del Código Penal, que es de presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo, para llegar a una pena, argumentando un aumento en bloque que, en abstracto conforme razona el tribunal, que se situaría en el tramo del presidio mayor en su grado medio a presidio mayor en su grado máximo.

De no haberse seguido los errores que denuncia, el tribunal necesariamente habría determinado la pena exacta a imponer —incluso acogiendo la reiteración del artículo 351 del Código Procesal Penal,— estimando como lo indica el inciso 1°, los hechos como un solo delito, aplicando las respectivas circunstancias que estimó concurrentes, en este caso, una única atenuante prevista en el artículo 11, N° 6 del Código Penal y ninguna agravante, que conforme al artículo 68 del Código Penal impide al tribunal aplicar la pena en el tramo superior, debiendo considerar el aumento desde el mínimo, esto es, presidio menor en su grado máximo, aplicando la regla del artículo 351 inciso 1° del Código Procesal Penal, solo podría haber aumentado en un bloque en un grado desde el mínimo. Lo anterior, supone que el tribunal excluyó derechamente el grado mínimo de la pena para realizar el aumento del artículo 351 del Código Procesal Penal y no valoró ni consideró de modo alguno, para efectos de la determinación de la pena exacta, la atenuante del artículo 11, N° 6 del Código Penal que estimó concurrente.

Por lo anterior pide invalidar la sentencia y se dicte sentencia de reemplazo que aplique una pena en el rango de los tres años y un día a 5 años de privación de libertad y se le conceda la pena sustitutiva de la Ley 18.216 que se determine concurrente; o bien, en subsidio de lo anterior, para el caso improbable que se estime que no es posible apreciar en este caso concreto la circunstancia atenuante del artículo 11, N° 7 del Código Penal, se aplique una pena en el marco de los años y un día a diez años, de presidio menor en su grado medio.

Tercero: Que, en lo concerniente a los hechos que fundaron la acusación del Ministerio Público, la sentencia impugnada, en su motivo décimo, tuvo por acreditado que, “...desde el año 2008, en días y horas indeterminados; en el interior de la casa ubicada en calle A. N° ZZ, población NN, Vallenar; el acusado Raúl Ángel B. A. en reiteradas ocasiones realizaba actos de significación sexual y de relevancia, mediante contacto corporal, en perjuicio de su nieta F., nacida el NUM000 de 2004; así en el interior de la referida casa, el acusado Raúl Ángel B. A. en un dormitorio exhibió el pene a la ofendida, quien procedió a chuparle el pene.

En otra ocasión, el acusado Raúl Ángel B. A. trasladó a su nieta F. hasta una bodega ubicada en dicha casa, luego, el agresor procedió a chuparle la vagina a la víctima. Acto seguido, la ofendida procedió a chuparle el pene al acusado.

En otra ocasión el acusado Raúl Ángel B. A. trasladó a su nieta F. junto a una prima de la niña también menor de edad, hasta una habitación ubicada en el segundo piso de la casa de un vecino ubicada al frente del inmueble del imputado. Mientras la ofendida estaba acostada el agresor aprovechó de sacarle la polera y luego le bajó la ropa que vestía, posicionó el pene erecto entre las dos piernas de la ofendida y comenzó a realizar reiterados movimientos hasta que eyaculó sobre el cuerpo de la víctima. Finalmente, en fecha indeterminada, Raúl Ángel B. A. trasladó a su nieta F. hasta el establecimiento educacional Colegio A. O., ubicado en ZZ, comuna de Vallenar, lugar en donde trabajaba. Luego, la llevó a la zona de camarines, momento en que el agresor aprovecha de exhibirle sus gentiles mientras se duchaba”.

Estos hechos fueron calificados por el tribunal como constitutivos del delito reiterado de abuso sexual a menor de 14 años en contexto de violencia intrafamiliar, tipificado en el artículo 366 bis del Código Penal en relación con el artículo 5 de la Ley 20.066.

En torno a lo afirmado en el arbitrio de nulidad, el fundamento decimoctavo del fallo impugnado estableció que, “...por unanimidad se rechaza la atenuante del artículo 11 N° 7 del código Penal solicitada por la defensa, toda vez que el artículo 368 bis A del Código Penal señala de manera expresa que la referida atenuante no podrá aplicarse, entre otros delitos que señala, a los contemplados en el artículo 366 bis del código penal; en efecto la norma legal fue incorporada al Código Penal por la ley 21.523 conocida como Ley Antonia, para los efectos de mejorar las garantías procesales, proteger los derechos de las víctimas de los delitos sexuales y evitar su revictimización; el tribunal al efecto, existiendo norma legal expresa prohibitiva, aun cuando la defensa argumente que la prohibición de la aplicación de la atenuante en comento no existía a la época de cometidos los abusos sexuales, lo cierto es que tampoco existe una norma íntimamente conectada aspecto de la atenuante el estudio con el delito que nos ocupa en el sentido de razonar que la ley anterior primera más favorable; ahora bien respecto de la temporalidad, los depósitos efectuados por el acusado para los efectos de solicitar la atenuante del artículo 11 número seis del código penal se realizaron con fecha 13 de octubre de 2023, es decir ya con posterioridad a la entrada en vigencia del artículo 368 bis A) del código penal, por lo tanto no estamos frente a una situación en que las consignaciones de dineros se efectuaron antes del 31 de diciembre de 2022 con ocasión de la publicación de la ley 21.523, conocida como ley Antonia, y que los dineros estando ya depositados en la cuenta corriente

del tribunal de la República perdieron mérito con ocasión de la dictación de una ley posterior que los hace improcedentes, sino todo lo contrario, puesto que los depósitos efectuaron (sic) con posterioridad, unido al hecho que en concepto estos jueces no existe tampoco un ánimo de querer reparar con celo el mal causado, toda vez que es absolutamente extemporáneo, respecto del cual se advierte sobre la intención de configurarse su respecto la atenuante de responsabilidad penal más no la pretendía reparación y por último hay que señalarse que el argumento que los dineros permitirían que la víctima se pague una terapia reparatoria particular, tampoco puede prosperar, toda vez que tal como se dirá más adelante, estos jueces realizando un control de convencionalidad respecto de CONVENCION INTERAMERICANA PARA PREVENIR, SANCIONAR Y ERRADICAR LA VIOLENCIA CONTRA LA MUJER "CONVENCION DE BELEM DO PARA", ordenarán que el Estado de Chile, otorgue la terapia reparatoria la víctima a través de los programas que tiene al efecto, entre los cuales no se encontrará el cese de los mismos por haber cumplido la víctima los 18 años de edad, conforme a lo que se expuso en este juicio.

A mayor abundamiento, en lo que respecta a la circunstancia atenuante del artículo 11 número 7 del Código Penal, esto es, la reparación celosa del mal causado, alegada por la defensa, fundada en haber depositado en la cuenta corriente del tribunal \$1.500.000 en 5 depósitos el 13 de octubre de 2023, la defensa además de señala que le permitiría a la víctima pagarse una terapia particular, y agrega que ha sido el acusado quien nos ha pedido consignar en el tribunal la suma de \$1.500.000 por cualquier daño que hubiera ocasionado en el vínculo con su nieta, dentro de esto los hechos por los cuales se ha presentado acusación. Por lo tanto, efectivamente es el acusado quien nos pide consignar y es el acusado quien hace un esfuerzo de todos sus ahorros consignarlo en este depósito a fin de reparar el mal causado. Así las cosas, junto con esto es importante señalar que justamente el esfuerzo realizado por mi cliente, creemos que demuestra de manera celosa la reparación que él ha querido hacer respecto a estos hechos.

Que el tribunal hace presente que aun cuando esta atenuante no estuviese prohibida legalmente para el delito que nos ocupa, tampoco se verifican los presupuestos de la misma, en efecto, es necesario tener en consideración que estamos ante un delito de abuso sexual reiterado que ha afectado la indemnidad sexual de la víctima que es la nieta del acusado, cuyo valor es invaluable para la ofendida, por tanto para su configuración estiman estos sentenciadores que el esmero en tratar de impedir sus posteriores perniciosas consecuencias debe ser con alto nivel de celo.

Celo que se comprende como la especial preocupación por morigerar el mal, demostrando que se ha esforzado por lograrlo, la exigencia se satisface con desarrollar un acto que realmente lo demuestre, un gran esfuerzo considerable. Conforme a los razonamientos expuestos, el celo debe ser determinado en forma objetiva, atendiendo al mal causado, las facultades del autor y su situación procesal, agregando a esas circunstancias que las acciones desplegadas sean voluntarias y oportunas y que hayan estado inequívocamente encaminadas al fin previsto en la norma, en este caso, a intentar reparar el daño, sin que resulte determinante el logro de ese propósito.

Estos juzgadores estiman que los depósitos destinados a fundamentar la reparación, fueron efectuados el último día del juicio oral, y que el propósito inicial no era morigerar las perniciosas

consecuencias de su actuar, sino la sanción que arriesgaba el acusado. Por otro lado, la naturaleza de la actividad desarrollada por el inculpado conforme a la gravedad de los hechos cometidos, que además del daño ocasionado a la víctima acarreó también la división de la familia, y la pérdida y consecuencialmente el alejamiento para la víctima del contacto con ellos, conforme se acreditó en el juicio, permite arribar al convencimiento que los depósitos de dinero en ningún caso constituyen una reparación celosa, cuestión que en la especie es relevante, pues, de acuerdo a lo sostenido, la suma aportada no constituye cantidad que por sí misma y sin consideración alguna se erija como un monto que permite tener por logrado sin más, la reparación.

Así las cosas, aun cuando es improcedente la atenuante del artículo 11 N° 7 del Código Penal para el delito que nos ocupa por prohibición legal expresa, tampoco concurre la atenuante porque para estos jueces no permite calificarse y ser tenida como una reparación celosa. Al efecto también así lo ha determinado la Corte Suprema en la causa Rol 21.496-22, considerando 10° respecto de un recurso de nulidad de una sentencia de este tribunal.

Que en virtud de lo razonado precedentemente se rechaza por improcedente la atenuante del artículo 11 N° 7 del código penal”.

Por su parte, el fundamento decimonoveno estableció que, “...a fin de determinar el rango de la penalidad que resulta aplicable al caso concreto, los juzgadores han de tener presente las penas señaladas por la ley al delito, su grado de ejecución, la forma de participación en ellos establecida, las circunstancias modificatorias de responsabilidad concurrentes, y la extensión del mal producido por el delito.

Que la pena asignada al delito de abuso sexual a persona menor de 14 años del artículo 366 bis del código penal, es de presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo.

En este escenario, el acusado es autor de un delito reiterado de abuso sexual en una persona menor de catorce años.

Que tratándose de un delito reiterado de la misma especie y de conformidad al artículo 351 del Código Procesal Penal, siendo imperativo imponer la pena correspondiente a las diversas infracciones, estimadas como un solo delito, aumentándola en uno o dos grados.

Estos jueces aumentarán la pena en dos grados, dada la multiplicidad de las conductas, en efecto la reiteración fue de al menos cuatro delitos de abuso sexual; por lo tanto realizado dicho aumento de dos grados el marco penal en abstracto es presidio mayor en su grado medio a presidio mayor en su grado máximo, toda vez que el aumento debe ser en bloque por tratarse de una pena compuesta, así al aumentar la pena se crea una nueva extensión de ella, conforme lo ha establecido la Excm. Corte Suprema, en los autos Rol N° 22.179-2021, sentencia respecto de la cual, a su vez citó la Corte Apelaciones de Copiapó respecto de esta última posición que adoptó sobre esta materia en la causa rol Corte N° Penal-254-2022.

Por lo tanto el marco penal establecido precedentemente es desde los 10 años y un día de presidio mayor en su grado medio a 20 años de presidio mayor en su grado máximo.

Que en la especie concurre una atenuante sin agravantes, por lo que de conformidad al artículo 68 del Código Penal le está vedado al tribunal aplicar el tramo máximo de la pena, establecido aquello

el marco penal aplicable para graduar el quantum de la pena a imponer es el de presidio mayor en su grado medio, grado dentro del cual el tribunal podrá recorrerlo en toda su extensión para aplicar la pena, y para los efectos de proceder en este caso a fijar el quantum, se debe tener en consideración la extensión del mal causado.

Así, habiéndose determinado el marco penal en abstracto, debe necesariamente considerar, la mayor o menor extensión del mal causado, esta vez como criterio de definición de la pena exacta para el caso concreto.

Al respecto, y citando al profesor Juan Pablo Mañalich, quien en lo tocante a este aspecto señala: 'Pues en la concreción del marco penal, de un lado, y en la individualización de la pena exacta, de otro, se trata de dos operaciones diferenciadas, que se corresponden, sin embargo, con dos pasos de un mismo proceso encaminado a obtener la identificación de la consecuencia punitiva específica a imponer sobre el sujeto a quien resulta definitivamente imputable un hecho punible, en atención a sus concretas particularidades. Por eso, nada extraño hay en que las circunstancias que hacen posible reconocer esas particularidades del hecho punible, en atención a las cuales ha de identificarse la pena que resulta concretamente merecida y necesaria, adquieran relevancia tanto en el nivel de la concreción del marco penal abstracto como en el nivel de la individualización de la pena exacta al interior de ese marco ya concretado' (Mañalich Raffo, Estudios sobre la fundamentación y la determinación de la pena, pág. 225-226), lo cual también ha sido recogido la Excelentísima Corte Suprema en el motivo DÉCIMO QUINTO en la causa Rol N°36.964-2021, conociendo de un recurso de nulidad respecto de una sentencia de este Tribunal Oral en lo Penal de Copiapó...".

Cuarto: Que, al tiempo de adentrarse en el planteamiento del primer acápite de causal de nulidad propuesta por la defensa del acusado a título primordial, fundado en la infracción a la garantía del debido proceso, esta Corte ha sostenido consistentemente, que se trata de un derecho asegurado por la Constitución Política de la República que ordena que toda decisión de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado, y al efecto el artículo 19, N° 3, inciso sexto, le confiere al legislador el deber de definir las condiciones de un procedimiento racional y justo.

Sobre los presupuestos básicos que tal salvaguardia supone, se ha dicho que el debido proceso lo constituyen a lo menos un conjunto de resguardos que la Carta Fundamental, los Tratados Internacionales ratificados por Chile en vigor y las leyes les entregan a las partes de la relación procesal, por medio de las cuales se procura, a vía de ejemplo, que todos puedan hacer valer sus pretensiones en los tribunales; que sean escuchados; que puedan impugnar las resoluciones con las que no estén conformes; en su caso, que se respeten los procedimientos fijados en la ley con fidelidad a la Constitución y que las sentencias sean debidamente motivadas y fundadas (entre otras, SCS N°s 6.902-2012, de 6 de noviembre de 2012; 2.747-2013, de 24 de junio de 2013; 6.250-2014, de 7 de mayo de 2014; 4.269-2019, de 25 de marzo de 2019; y, 92.059-2020, de 8 de septiembre de 2020).

Quinto: Que esta Corte también ha resuelto uniformemente que el agravio a la garantía del debido proceso debe ser real, en cuanto perjudique efectivamente los derechos procesales de la parte, esto es, que entrase, limite o elimine su derecho constitucional al debido proceso. Asimismo, ha señalado que la infracción producida a los intereses del interviniente debe ser sustancial, trascendente, de gravedad, de tal modo que el defecto sea, en definitiva, insalvable frente al derecho constitucional del debido proceso, por cuanto la nulidad que se pretende, en tanto constituye una sanción legal, supone un acto viciado y una desviación de las formas de trascendencia sobre las garantías esenciales de una parte en el juicio, en términos que se atente contra las posibilidades de actuación de cualquiera de los intervinientes en el procedimiento (entre otras, SCS N°s 4.269-2019, de 25 de marzo de 2019; 76.689-2020, de 25 de agosto de 2020; y, 92.059-2020, de 8 de septiembre de 2020).

En este entendido, la declaración de nulidad requiere que sea formalmente establecida alguna actuación defectuosa que sirva de fundamento a la invalidez, pues de ésta han de derivar las consecuencias lesivas para el ejercicio de los derechos de que se trate, y que a estos efectos se entiendan vinculados al artículo 373, letra a) del Código Procesal Penal.

Sexto: Que, del mérito de lo acontecido durante el juicio oral, aparece que pese a que, formalmente, el tribunal no efectuó la prevención a la víctima —que depuso en estrado en calidad de testigo— al tenor de lo dispuesto en el artículo 302 del compendio adjetivo, en torno a la posibilidad de abstenerse de declarar o de retractarse en cualquier momento —del interrogatorio— del consentimiento entregado para tal efecto, de lo incidentado por la defensa y de lo explicado por el propio tribunal a la víctima de forma previa a su interrogatorio, aparece que existió cierto grado de información en tal sentido.

Séptimo: Que, sin embargo y aun en el caso de entender que pudo haber existido un atisbo de vicio en el consentimiento brindado de la víctima para deponer en estrado, atendido lo expuesto por la recurrente y, aun prescindiendo de su relato o de su valoración para los efectos de formar convicción en los sentenciadores de fondo, del mérito de la restante prueba de cargo, en especial de los testimonios de los restantes deponentes, el tribunal del fondo estuvo habilitado para arribar al mismo resultado condenatorio.

En efecto, Ingrid, hermana de la víctima, dio cuenta que su hermana — durante el año 2021— le develó haber sido abusada por su abuelo. Lo anterior le fue relatado cuando su hermana tenía 17 años, precisándole que sólo hubo tocaciones, entregándole detalles de cómo ellas se verificaron. Asimismo, se contó con el testimonio del padre de la víctima, Guillermo, quien también dio cuenta de las circunstancias en las cuales su hija F. evidenció las experiencias abusivas de las cuales fue objeto por parte de su abuelo, así como las consecuencias emocionales que lo anterior le acarreó a su hija, asertos que fueron refrendados en estrado por el hermano de la víctima, Facundo.

Por otra parte, también declararon en el juicio oral los funcionarios policiales que participaron en la investigación. En primer lugar, doña Claudia Chepillo González, quien dio cuenta de la denuncia efectuada por la víctima, quien dio razón circunstanciada de los episodios de abuso

sufridos por parte de su abuelo, participando, además en la toma de declaración policial a los padres de la víctima.

Finalmente, se contó con el testimonio de la psicóloga doña Francisca Craviolatti Almeida, a quien fue derivada la víctima en el contexto del programa terapéutico, plan de intervención motivado por los episodios de abuso sexual sufrido por la víctima, lo cual fue pormenorizándose en cuanto a su contenido a lo largo de las sesiones desarrolladas y que fue el antecedente para poder efectuar el diagnóstico clínico en relación al daño ocasionado.

Octavo: Que, dado lo anterior, no se logra advertir el yerro denunciado, ya que aun en el evento de haberse prescindido de la declaración de la víctima, existieron otros antecedentes que habrían permitido formar igual convicción en torno a la existencia de los hechos constitutivos del delito reiterado de abuso sexual en persona menor de 14 años, así como de la participación que en ellos asistió al acusado a título de autor ejecutor, de forma tal que el eventual vicio denunciado carece de la trascendencia necesaria invocada por la defensa.

Noveno: Que, en lo que respecta al segundo subcapítulo de impugnación principal, no se advierte que la defensa hubiese estado impedida de interrogar a la testigo Ingrid en relación a los hechos materia del juicio oral, en relación con las circunstancias de abuso en la persona de su hermana.

Huelga recordar que, el deber de dirección de la audiencia que asiste al tribunal, por conducto de su juez presidente, debe conjugar diversos aspectos.

En primer lugar, velar porque los intervinientes se sometan a las directrices probatorias establecidas en el auto de apertura de juicio oral, en torno a los hechos propuestos en las acusaciones. Ahora bien, si bien la defensa tiene el derecho —y el deber— de controvertir la producción de la prueba de cargo conforme a su teoría del caso, en dicha labor debe ceñirse al respeto de las garantías constitucionales que blindan, no solo al acusado, sino que a todas las personas que participan de juicio, como lo son los testigos. En este entendido, la labor de la defensa si bien es amplia en torno a instaurar su teoría, ello no puede servir de pretexto para vulnerar derechos de terceros, como ocurrió en el caso de marras, de forma tal que no se advierte el yerro denunciado, pues el tribunal tiene el deber de velar, además, por los derechos y garantías fundamentales de todos quienes participan del juicio oral y no sólo de los intervinientes.

Por lo anterior, la causal de nulidad propuesta a título principal, no podrá prosperar.

Décimo: Que, en lo que guarda relación con la causal de invalidación propuesta en carácter subsidiario, no se advierte que el yerro denunciado hubiese tenido alguna incidencia en la determinación de la pena impuesta al acusado. En primer lugar, huelga recordar que el delito de abuso sexual en persona menor de catorce años se encuentra sancionado con la pena de presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 366 bis. Ahora bien, y dada la reiteración de delitos, de acuerdo a lo establecido en el artículo 351 del compendio adjetivo, el tribunal estaba legalmente facultado para aumentar la pena de uno o tres grados. Para el caso de marras, el tribunal soberanamente

optó por aumentar la pena en dos grados —desde su mínimo—, quedando en el quantum de presidio mayor en su grado medio, que va de diez años y un día a quince años. Dado que al acusado era merecedor al reconocimiento de la circunstancia minorante de responsabilidad penal de irreproachable conducta anterior, no podía imponérsele el tramo mayor dentro del grado, optando por imponerle doce años de presidio.

Ahora bien, en el ejercicio anterior, no se observa el yerro atribuido, pues aun de seguirse la línea argumentativa propugnada por el articulista, ella carece de incidencia en la determinación de la pena aplicada. En lo que respecta al eventual reconocimiento de la circunstancia minorante de reparación celosa del mal causado, prevista en el artículo 11, N° 7 del código de castigo y aunque, conforme a la reiterada y uniforme jurisprudencia de esta Sala, su ponderación resulta privativa de los sentenciadores del fondo, no siendo posible un nuevo examen en esta sede en cuanto a su procedencia, tampoco incide en la determinación de la pena a imponer, dado que en el caso de concurrir dos circunstancias atenuantes de responsabilidad penal, la rebaja en grado resulta de todo facultativa para los sentenciadores. Por lo anteriormente señalado, la causal en estudio tampoco podrá ser acogida.

Por estas consideraciones y de acuerdo, además, a lo dispuesto en los artículos 373, letras a) y b), 376 y 384 del Código Procesal Penal, se rechaza el recurso de nulidad deducido por la defensa del acusado Raúl Ángel B. A. en contra de la sentencia de diecisiete de octubre de dos mil veintitrés, dictada por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Copiapó, y en contra el juicio oral que le antecedió en el proceso RUC 2.210.024.519-5, RIT 116-2023, los que por consiguiente, no son nulos.

Regístrese, comuníquese y devuélvase. Redacción a cargo del Ministro Sr. Matus. N° 241.652-2023.

Pronunciado por la Segunda Sala de la Corte Suprema integrada por los Ministros Sres. Jorge Dahm O., Leopoldo Llanos S., la Ministra Sra. María Teresa Letelier R., el Ministro Sr. Jean Pierre Matus A., y la Abogada Integrante Sra. Leonor Etcheberry C. No firman los Ministros Sr. Dahm y Sra. Letelier, no obstante haber estado en la vista de la causa y acuerdo del fallo, por haber cesado de sus funciones y por estar con feriado legal, respectivamente.

40. Corte Suprema, 12 de enero de 2024, rol N° 239.776 -2023

Redacción de abogada integrante Sra. Carolina Coppo D.

Acción constitucional de protección. Derecho a la igualdad ante la ley Acción de naturaleza cautelar Educación escolar Junta Nacional de Auxilio Escolar y Becas (JUNAEB) Establecimientos educacionales Ausencia de actuación arbitraria o ilegal Recurso de protección no es la vía idónea Falta de entidad suficiente Igualdad de género Expresión de género Libertad de conciencia, manifestación de creencias y libertad de cultos Material escolar adicional

Santiago, doce de enero de dos mil veinticuatro.

Vistos:

Se reproduce el fallo en alzada, con excepción de sus motivos sexto al undécimo que se eliminan.

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

Primero: Que, en estos autos, comparece doña Olga Esmeralda Safira Campos Arriagada, por sí y en representación de sus hijos de iniciales R.A.G.C. y N.I.G.C., quien deduce recurso de protección en contra de la Junta Nacional de Auxilio Escolar y Becas, por el acto ilegal y arbitrario de entregar a sus hijos matriculados en un establecimiento particular subvencionado adscrito a gratuidad sin su consentimiento, un cuaderno que en razón de su contenido, constituye a su juicio una intromisión del Estado en el espacio de libertad y autonomía de su familia.

Sostiene que, como madre y apoderada de sus hijos, tiene una necesaria e irremplazable participación en su educación moral y religiosa y es titular de un derecho y deber preferente, el que se ha visto relativizado y afectado por la entrega de un cuaderno que posee como contenido específico enseñanzas antropológicas y de moral sexual sobre identidad de género o el acrónimo de la sigla "LGBTQIA+", perturbando su libertad de conciencia, introduciendo elementos o información que excluye ilegítimamente sus más profundas e íntimas convicciones acerca de lo que es la persona y el ejercicio de su dimensión afectiva y sexual.

Agrega que, la entrega de dicho material educativo le priva de su derecho constitucional garantizado en numeral 2° del artículo 19 de la Constitución Política de la República, al ser sujetos de discriminación arbitraria en razón de su realidad socioeconómica, pues presentan dificultades para comprar útiles escolares calificando como beneficiarios del Programa de Útiles Escolares de la recurrida, debiendo recibir ocultamente un material cuyo contenido fundadamente no consienten, a diferencia de los establecimientos particulares en los cuales los padres y apoderados pueden elegir libremente, de acuerdo con su proyecto educativo, los contenidos sobre educación sexual para sus hijos, los que solamente consisten en meras orientaciones y no, como en su caso en que le imponen arbitrariamente de facto.

Afirma que, la recurrida ha actuado fuera de sus competencias, dado que el artículo 5 de la ley N° 15.720, no le otorga facultades legales para entregar material referido a la educación

sexual de los menores de edad. Hace presente que según las bases de licitación y el contrato de ejecución del Programa de entrega de útiles escolares del año académico 2023, los materiales escolares debían tener relación con el programa de obesidad que lleva la JUNAEB, y no sobre la educación no sexista ni del acrónimo "LGBTQI+".

Señala que, el 16 de mayo de 2023, como madre y apoderada, recibió un cuaderno universitario que formaba parte del set de útiles escolares que entrega la recurrida, el que contenía inserta una página con un instructivo sobre cómo avanzar hacia comunidades no sexistas, los lugares donde se imparte tal educación e incluye el acrónimo que conforman la sigla "LGBTQIA+", con las definiciones propuestas para lesbiana, bisexual, queer, intersexual, gay, transexual, asexual y el signo +. Añade que el Estado ha actuado de manera ilegal y arbitraria ya que no solo no ha pedido su consentimiento, sino que se impuso en forma oculta por medio de la entrega de un set de útiles sellado.

Precisa que, la Política Nacional de Convivencia Escolar vigente, que busca promover la convivencia respetuosa entre los miembros de la Comunidad Educativa y los documentos denominados "Orientaciones para el diseño e implementación de un programa en sexualidad, afectividad y género" (2017) y "Oportunidades curriculares para la educación en sexualidad, afectividad y género" (2018), son meras orientaciones pero no preceptos obligatorios para los establecimientos educacionales y para incluir dichas directrices en su currículum, se debe requerir la autorización de los padres o apoderados de los alumnos, tal y como mandata la normativa vigente. Indica que la Resolución Exenta N° 812 de la Superintendencia de Educación, que busca garantizar el derecho a la identidad de género de niños, niñas y adolescentes en el ámbito de educación, refiere a ciertas obligaciones de los establecimientos educacionales en estos temas, pero principalmente para prevenir instancias de discriminación y malos tratos, lo que no significa tocar los contenidos en talleres, charlas, cursos, etc.

Finalmente, sostiene que, el acto recurrido contraría el principio de juridicidad de los artículos 6° y 7° de la Constitución Política de la República y el artículo 2° de la Ley N° 18.575.

Solicita, se ordene el retiro del cuaderno del establecimiento educacional donde están matriculados sus hijos. En subsidio que toda la entrega de material sobre educación moral sexual en relación con sus hijos debe ser obligatoria y necesariamente sujeta al consentimiento expreso, preciso, previo y libre de sus padres.

Segundo: Que, dado el tenor del recurso y los hechos expuestos, la Corte de Apelaciones de Talca solicitó informe a la Junta Nacional de Auxilio Escolar y Becas, al Colegio Particular Subvencionado Eduardo Galeano de dicha ciudad, y a la Secretaria Regional Ministerial de Educación de la Región del Maule.

Tercero: Que, al informar, la Junta Nacional de Auxilio Escolar y Becas solicitó el rechazo del recurso y señaló que la estrategia de ayuda socio económica del programa de entrega de útiles escolares data del año 1964, se implementa año a año y se traduce principalmente en la entrega de un set de útiles escolares a las y los estudiantes de todos los niveles matriculados en establecimientos públicos y particulares subvencionados adscritos a gratuidad del país, en

pos de disminuir los gastos por concepto de compra útiles y combatir el ausentismo y la deserción escolar.

Manifiesta que, los hechos denunciados en la acción constitucional están siendo conocidos por la Contraloría General de la República, por lo que no se advierte la necesidad de brindarles tutela cautelar urgente vía acción de protección, en atención a que el recurso se aleja de un conflicto constitucional propiamente tal y las alegaciones son propias del derecho administrativo general, que corresponden sean ventiladas en un juicio de lato conocimiento. Asimismo, arguye que, los términos de la acción entablada lo han sido como una acción popular, pese a que la recurrente intenta afirmar lo contrario, lo que ha sido rechazado sistemáticamente en nuestro sistema jurídico por improcedente, puesto que aparece interpuesta en beneficio de todos los padres y apoderados del establecimiento educacional involucrado en los hechos.

Refiere que, el Manual de operación del Programa de entrega de útiles escolares, prevé la renuncia a la asignación del set de útiles escolares, debiendo el apoderado acercarse a la Dirección Regional correspondiente y firmar el acta de renuncia, acto que permite la reasignación del set a un alumno prioritario.

Indica que, la recurrente, a sabiendas de las limitaciones de la acción constitucional, instrumentaliza este remedio judicial para impugnar el glosario de términos adherido a un cuaderno única y exclusivamente porque no se aviene a sus convicciones morales y políticas. Sostiene que, la recurrida es un órgano de la Administración del Estado, cuya misión es contribuir en la trayectoria educativa de los estudiantes, con la entrega oportuna de bienes y servicios de calidad de diversa naturaleza, teniendo a su cargo la ejecución de políticas públicas, planes y programas de asistencia social y económica en favor de los escolares, conducentes a hacer efectiva la igualdad de oportunidades ante la educación, siendo una de las tantas estrategias la correspondiente al Programa PUE, que consiste en la entrega anual de un set de útiles escolares, cuyo objetivo es contribuir a la permanencia de los estudiantes en el sistema educacional.

Agrega que, mediante la Resolución Afecta N° 23 de 15 de septiembre de 2021, se aprobaron las bases administrativas, técnicas y anexos, y se llamó a licitación pública ID 85 40 LR21 para la adquisición de artículos que componen los sets del PUE años 2022 2023, aprobándose el contrato a través de la Resolución Afecta N° 5 de 27 de enero de 2022, habiéndose tomado razón por la Contraloría General de la República mediante el Oficio E187910/2022 de 23 de febrero de ese mismo año, resolución que fue modificada por Resolución Afecta N° 40 de 15 de diciembre de 2022, en virtud de la cual se sustituyeron los párrafos primero y segundo del subtítulo 5.3.2. "Entrega proceso PUE 2023", alterando únicamente, el calendario de entrega de los artículos.

Manifiesta que, para el año académico 2023 al igual como ocurrió en años precedentes, la entrega de los útiles escolares fue de la mano con una política pública informativa, que abarcó distintas materias, insertando seis páginas informativas en los cuadernos universitarios, las

cuales abordaron distintas materias, esto es, desde la prevención del ciberacoso, el grooming y las funas, pasando por el conocimiento y valoración de las lenguas ancestrales, hasta la inserción del citado glosario de términos referente al acrónimo "LGBTQIA+".

Resalta que, ninguna de las seis páginas que rolaban en los cuadernos realizan valoraciones de índole moral y/o religiosa, ni menos pretenden imponer una determinada visión sobre tales asuntos, si no más bien buscan única y exclusivamente promover climas inclusivos y mejorar la convivencia al interior de los establecimientos educacionales, a fin de erradicar toda forma de discriminación en contra de niñas, niños y adolescentes, de cara a una educación inclusiva. Advierte que, la política que cuestiona la recurrente, se enmarca en un contexto general de combate contra toda forma de discriminación, políticas que han sido sugeridas por organismos internacionales y nacionales, y que, de acuerdo al marco normativo vigente, la recurrida se encuentra facultada para ejecutar, pudiendo realizar políticas de asistencia enfocadas a erradicar toda forma de discriminación, y a garantizar a todos los escolares el goce y ejercicio de sus derechos y libertades reconocidos por la Constitución Política de la República, las leyes y los tratados internacionales.

Cita el artículo 1, inciso segundo, de la Ley N° 15.720 y señala que, la JUNAEB tiene a su cargo la aplicación de medidas coordinadas de asistencia social y económica a los escolares, conducentes a hacer efectiva la igualdad de oportunidades ante la educación, otorgándole competencia amplia para ejecutar políticas de asistencia económica, pero también de asistencia social, por lo que no cabe sostener que las prestaciones que puede otorgar deben limitarse, única y exclusivamente al ámbito meramente económico.

A su juicio, no hay duda que el glosario en análisis corresponde a una política pública ejecutada en virtud de las competencias legales que el artículo 1 inciso segundo, de la Ley N° 20.609, el artículo 5 de la Ley N° 21.120, el artículo 1 inciso segundo, de la Ley N° 15.720 y el artículo 41, incisos cuarto y quinto, de la Ley N° 21.430, han otorgado a JUNAEB en su calidad de servicio público.

En relación con la libertad de conciencia, señala que, dicha libertad, en los términos en que ha sido concebida en nuestro ordenamiento constitucional, guarda estricta relación con la facultad que se reconoce a todas las personas para profesar los cultos y creencias que estimen pertinentes, siempre y cuando no se opongan a la moral, las buenas costumbres o el orden público. En el caso de marras, no advierte cómo una política pública como lo es la entrega de un cuaderno con un glosario de términos, destinado a evitar y combatir la discriminación en contra de niñas, niños y adolescentes pertenecientes a diversidades sexuales y de género, podría atentar siquiera mínimamente en contra del derecho de la recurrente a profesar los cultos religiosos que estime pertinentes o a formar sus propias ideas, juicios o parámetros morales y a ordenar, en definitiva, su fuero interno.

Cuarto: Que, a su turno, informó el Colegio Particular Subvencionado Eduardo Galeano, a través de su Directora doña Macarena Henríquez Villarino, quien indicó que, al establecimiento le corresponde entregar y distribuir los sets de útiles escolares, que llegan en

cajas de cartón selladas, que contienen doce sets sellados en bolsas transparentes por cada caja.

Aclara que, para los alumnos de 3° a 7° básico, los útiles escolares se les entregan a los estudiantes quienes registran su nombre y fecha al costado derecho de una nómina y en el caso de los estudiantes de 1° año básico y 2° año básico, se envía un correo electrónico a los apoderados, informando que sus pupilos son beneficiados con el set de útiles y debe ir a retirarlos. Precisa que, la intervención del establecimiento educacional se circunscribe a la distribución y entrega formal del beneficio, sin injerencia en el contenido ni en los estudiantes beneficiados y a quienes se les debe haber entrega.

Quinto: Que, en relación a la Secretaria Regional Ministerial de Educación de la Región del Maule, se informó que, la recurrida es una corporación autónoma con personalidad jurídica de derecho público que se relaciona con el Gobierno por medio del Ministerio de Educación, cartera de Estado que ejerce la supervigilancia sobre dicha institución, por lo cual en el presente recurso de protección dicha Secretaria adhiere a lo expuesto por la recurrida en su informe de autos.

Sexto: Que el recurso de protección de garantías constitucionales establecido en el artículo 20 de la Constitución Política de la República, constituye jurídicamente una acción de naturaleza cautelar, destinada a amparar el legítimo ejercicio de las garantías y derechos preexistentes, que en esa misma disposición se enumeran, mediante la adopción de medidas de resguardo que se deben tomar ante un acto arbitrario o ilegal que impida, amague o moleste ese ejercicio.

Conforme a su naturaleza y claro objetivo, es requisito indispensable de la acción de protección la existencia de un acto u omisión ilegal, esto es, contrario a la ley, o arbitrario, vale decir, producto del mero capricho de quien incurre en él, y que provoque la afectación de una o más de las garantías preexistentes protegidas, consideración que resulta básica para el examen y la decisión de cualquier recurso como el que se ha interpuesto.

Séptimo: Que, del contenido del recurso, se advierte que, la recurrente denuncia que la Junta Nacional de Auxilio Escolar y Becas, en el contexto del Programa de entrega de útiles escolares correspondiente a este año, distribuyó en el Colegio Particular Eduardo Galeano de Talca al que asisten sus hijos, un set de útiles escolares que incluía un cuaderno universitario que en una de sus páginas contenía elementos o información relativa a enseñanzas antropológicas y de moral sexual sobre identidad de género, perturbando las garantías constitucionales de libertad de conciencia y la igualdad ante la ley y sus más profundas e íntimas convicciones sobre lo que es la persona y el ejercicio de su dimensión afectiva y sexual, en particular en lo referente al instructivo sobre cómo avanzar hacia "comunidades no sexistas" y, la incorporación de acrónimo "LGBTQIA+".

Octavo: Que, del examen de las páginas del referido cuaderno agregadas a la carpeta electrónica, se advierte que éstas contienen información sobre la convivencia digital basada en el respeto e integridad entre las personas, animando a las y los estudiantes a encontrar a

través de un juego las palabras relacionadas con el concepto de convivencia digital como por ejemplo el grooming, los datos personales, la privacidad y las fake news, entre otras. A continuación, se incluye un ejercicio destinado a que el alumno identifique y reconozca sus distintas emociones. Una cuarta página, que invita a los alumnos a desarrollar la capacidad analítica, mejorar la agilidad mental y estimular la memoria visual encontrando las cinco diferencias de las palabras en lenguas originarias ancestrales de uso común. Y una quinta, que enseña acerca de la importancia de la hidratación.

Finalmente, la página seis contiene una pregunta sobre ¿Cómo avanzar hacia comunidades no sexistas?, indica que las escuelas, liceos y colegios deben ser lugares justos donde todas y todos puedan aprender, sentirse protegidos, felices y jamás discriminados por quienes son y cuya implementación cabe en todos los ámbitos de la educación.

A continuación, se refiere al acrónimo "LGBTQIA+" indicando que éste es utilizado para denominar las orientaciones sexoafectivas e identidades de género no convencionales, y que sus siglas aluden a lesbianas, gays, bisexuales, trans o transgéneros, intersexuales, queer, asexual y más, explicando el significado de cada uno.

Noveno: Que, tal como se afirmó en el motivo quinto, constituye un requisito indispensable de la acción cautelar de protección la existencia de un acto u omisión ilegal, lo que significa que ha de ser contrario a la ley o arbitrario, producto del mero capricho de quien incurre en él, y que afecte una o más de las garantías constitucionales referidas en el artículo 20 de la Constitución Política de la República, cuestión que no se advierte del examen de la referida página, pues tal como se ha detallado en el motivo que antecede, el contenido del texto denunciado es meramente descriptivo, desde que explica las siglas del acrónimo "LGLTBQ+" referida a las personas con identidades de género diferentes a la heterosexual y detalla sus rasgos y características principales, sin que se observe que en sus definiciones se persiga agregar o adicionar alguna enseñanza o consideración sobre la moral sexual como se afirma en el libelo, ni tampoco que se busque con el texto alterar o vulnerar la dimensión afectiva y sexual de los niños, niñas y adolescentes que reciben el material educativo, sino más bien su contenido da cuenta de una descripción de la sigla universalmente conocida y que representa identidades y expresiones de género, desde un punto de vista general, amplio simple e impersonal.

En este escenario, si bien la recurrente puede no compartir o cuestionar la inclusión de la página, no por ello se debe concluir que su contenido afecte las Garantías Constitucionales de igualdad ante la ley y la libertad de conciencia contenidas en los numerales 2 y 6 del artículo 19 de la Constitución Política de la República y que la autoridad haya actuado en forma arbitraria o antojadiza como exige el citado artículo 20 de la Carta Fundamental.

Décimo: Que, a mayor abundamiento, y en relación con el incumplimiento de las bases administrativas del Programa Especial de útiles escolares, aprobadas por Resolución Afecta N° 23 de 15 de septiembre de 2021, la licitación pública ID 85 40 LR21 y el contrato aprobado a través de la Resolución Afecta N° 5 de 27 enero de 2022 y su ejecución, está siendo conocida

por la Contraloría General de la República, a propósito de un requerimiento presentado por un grupo de Diputados, quien dispuso que la Junta Nacional de Auxilio Escolar y Becas y la Subsecretaría de Educación deberán disponer la instrucción de un proceso disciplinario a fin de determinar las eventuales eventuales responsabilidades administrativas comprometidas. En consecuencia, la presente acción constitucional no es la vía idónea para resolver el conflicto, atendida la naturaleza cautelar, excepcional y de urgencia con que el Constituyente diseñó a la acción de protección, cuya finalidad consiste en poner pronto remedio a los actos u omisiones ilegales o arbitrarios que constituyan privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de alguno de los derechos y garantías establecidos en el artículo 20 de la Constitución Política de la República, en razón de lo cual la acción cautelar entablada debe ser rechazada, tal como se dispondrá en lo resolutivo.

Por estas consideraciones, y de conformidad, asimismo, con lo que dispone el artículo 20 de la Constitución Política de la República y el Auto Acordado de esta Corte sobre tramitación del recurso de protección, se confirma la sentencia apelada de veintisiete de septiembre del año dos mil veintitrés, dictada por la Corte de Apelaciones de Talca.

Se previene que el Abogado Integrante señor Fuentes concurre a la confirmatoria de la sentencia apelada teniendo únicamente presente lo dispuesto en el motivo décimo.

Regístrese, notifíquese y comuníquese.

Pronunciado por la Tercera Sala de esta Corte Suprema integrada por los Ministros (a) Sr. Sergio Muñoz G., Sra. Ángela Vivanco M. y Sra. Adelita Ravanales A. y por los Abogados Integrantes Sra. Carolina Coppo D. y Sr. Raúl Patricio Fuentes M. No firman, no obstante haber concurrido a la vista y al acuerdo de la causa, los Ministros Sr. Muñoz por estar con licencia médica y Sra. Vivanco por estar con feriado legal.

Pronunciado por la Tercera Sala de la Corte Suprema integrada por Ministra Adelita Inés Ravanales A. y los Abogados (as) Integrantes Carolina Andrea Coppo D., Raúl Fuentes M.

41. Corte Suprema, 29 de enero de 2024, rol N° 201.358 -2023.

Redacción de abogado integrante Sr. Munita

Acción constitucional de protección. Restricciones al derecho de emitir opinión y de informar se encuentran debidamente reguladas. El hecho de emitir un programa basado en una situación verídica no constituye necesariamente una afectación contra la honra de las víctimas o sus familiares, especialmente si sus identidades no son parte de la narrativa.

Santiago, veintinueve de enero de dos mil veinticuatro.

Vistos:

Se reproduce la sentencia en alzada, con excepción de los considerandos séptimo a noveno, que se eliminan.

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

Primero: Que compareció el abogado Patricio Olivares Rodríguez, en representación de don Leandro Alonso Villegas Gutiérrez, don Alejandro Villegas Oyanedel y don Edson Alejandro Villegas Gutiérrez, quien a su vez actúa en representación de la niña de iniciales V.A.V.H, ejerciendo una acción de cautela de derechos constitucionales e impugnando actos que califican de ilegales y arbitrarios, consistentes en la emisión de un programa de televisión sobre el fallecimiento de don N.V.G (Q.E.P.D), sin autorización ni cesión de derechos por parte de los familiares. Lo expuesto, vulnerando las garantías fundamentales amparadas en los N°s 1 y 4 del artículo 19 de la Constitución Política de la República. Por dicho motivo, solicitaron que se ordene que el contenido audiovisual no sea emitido por ningún medio y se borre aquel que exista.

Segundo: Que, informó Televisión Nacional de Chile al tenor del recurso, solicitando su rechazo. En primer lugar, invocó el derecho a la libertad de expresión, que prohíbe todo tipo de censura previa. Además, indicó que, si bien no se desconoce que la historia está basada en hechos reales y públicos, se trata de un relato de ficción, lo que consta en el primer capítulo que a la fecha del informe ya se había emitido, pues no se menciona ciudad ni nombres de los involucrados en el recurso.

A su juicio, la motivación de la familia es que están trabajando en conjunto con una productora en una historia sobre la muerte de don N.V.G, autorizado por el hijo recurrente, don Alejandro Villegas.

En segundo lugar, informó el periodista Carlos Pinto, quien indicó que la serie objeto del recurso es un programa creado por él, inspirado en hechos reales, pero ficcionados (sic) y con énfasis en los autores de los delitos. Al igual que la cadena de televisión, se refirió a la venta de derechos sobre la historia, como motivo de la acción deducida.

Asimismo, informó la periodista Constanza Santa María, indicando que los hechos que se le imputan sólo dicen relación con promocionar el programa, como periodista del canal.

Finalmente, el Consejo Nacional de Televisión se refirió a los hechos denunciados, indicando que se han recibido dos reclamos por la emisión de los capítulos, fundados en la revictimización de la familia, los que fueron acogidos a tramitación.

Tercero: Que, la sentencia en alzada acogió la acción constitucional deducida, concluyendo que el actuar de los recurridos vulneró la garantía contenida en el N° 1 del artículo 19 de la Constitución y el artículo 34 de la Ley N° 21.430, sobre Protección a los Derechos de la Niñez.

La decisión se fundó en que consta que la hija de la víctima del delito que inspiró la serie de televisión, tiene doce años, por lo que a su respecto resulta aplicable el artículo 34 de la ley citada, que consagra los derechos a la honra, intimidad, propia imagen y reputación, los que deben ser respetados por los medios de comunicación en el ejercicio de sus funciones. Por ello, se prohíbe la exhibición y divulgación de toda información que pueda estigmatizar a un menor de edad y causarle menoscabo, y en especial, divulgar la imagen e identidad de un niño, niña o adolescente, que haya sido víctima o testigo de un delito. Por ello, concluyó la Corte de Apelaciones que la divulgación del programa puede calificarse como ilegal, porque la repetición de la historia que hizo sufrir a la menor de edad, aumenta el dolor que le causa haber perdido a sus padres.

Atendido a que la acción fue acogida respecto de la niña, no se emitió pronunciamiento respecto de los actores mayores de edad.

Cuarto: Que, considerando el objeto del conflicto, la respuesta a este se encuentra determinada por el contenido y deslindes de las garantías que se reclaman afectadas, confrontadas con la garantía fundamental a la libertad de expresión, el derecho a la libertad de emitir opinión y la de informar, sin censura previa, en cualquier forma y por cualquier medio. Ello, sin perjuicio de la obligación de responder de los delitos y abusos que eventualmente se cometan en el ejercicio de dichas libertades, en conformidad a la ley, e incluso con la existencia, protección y entidad del derecho a ser informado.

Quinto: Que, la actividad desplegada por el canal de televisión, en tanto medio de prensa y de comunicación social, es sin duda una industria regulada, sin perjuicio de la vigencia e indiscutida preponderancia del derecho constitucional a la libertad de emitir opinión y la de informar, sin censura previa, en cualquier forma y por cualquier medio, tal como los ha declarado previamente esta Corte (Rol N° 35.246 2017, N° 20.856 2018 y N° 95.964 2021). Lo anterior, se encuentra reconocido además por diversa normativa internacional y por el artículo 1 inciso 1° de la Ley N° 19.733 que preceptúa que "La libertad de emitir opinión y la de informar, sin censura previa, constituyen un derecho fundamental de todas las personas. Su ejercicio incluye no ser perseguido ni discriminado a causa de las propias opiniones, buscar y recibir informaciones, y difundirlas por cualquier medio, sin perjuicio de responder de los delitos y abusos que se cometan, en conformidad a la ley." Ahora bien, los límites al ejercicio de la garantía, a los que se hallan sujetos los servicios de televisión que operan en el territorio

nacional, los configuran ciertos principios, conceptos jurídicos y reglas que informan la actividad, cuyo punto de partida consagra la siguiente normativa:

a) La Ley N° 19.733 sobre libertades de opinión e información y ejercicio del periodismo, cuyo artículo 33, prohíbe la divulgación, por cualquier medio de comunicación social, de la identidad de menores de edad que sean autores, cómplices, encubridores o testigos de delitos, o de cualquier otro antecedente que conduzca a ella, así como la identidad de las víctimas de los crímenes y simples delitos contra el orden de las familias y contra la moralidad pública, del Libro II del Código Penal, a menos que consientan expresamente en la divulgación.

b) La Ley N° 18.838 que Crea el Consejo Nacional de Televisión, y que en su artículo 1, en lo que importa al análisis, aborda criterios sobre lo que ha de entenderse por correcto funcionamiento de los servicios de televisión como: "(...) el permanente respeto, a través de su programación, de (...) la dignidad humana y su expresión en la igualdad de derechos y trato entre hombres y mujeres, así como el de todos los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes. (...)

Asimismo, se entenderá que el correcto funcionamiento de esos servicios comprende el acceso público a su propuesta programática y que en la difusión de ella, en la forma y de la manera que cada concesionario determine, se cautelen los derechos y principios a que hacen referencia los incisos anteriores."

c) La Ley N° 20.750 que permite la introducción de la televisión digital terrestre, norma que caracteriza el concepto de "correcto funcionamiento de estos servicios" estableciendo que lo aludido refiere al "permanente respeto, a través de su programación, de [...] la dignidad humana y su expresión en la igualdad de derechos y trato entre hombres y mujeres, así como el de todos los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes."

d) Las Normas Generales sobre Contenidos de las Emisiones de Televisión promulgadas el año 2016 por el Consejo Nacional de Televisión, que en su artículo 7 reglamenta que "Los servicios de televisión, en la comunicación de hechos que revistan características de delitos, de catástrofes y de situaciones de vulneración de derechos o de vulnerabilidad, deben otorgar un tratamiento que respete la dignidad de las personas, evite el sensacionalismo, la truculencia y la victimización secundaria".

Prohíbe además en su artículo 8 la divulgación de la identidad de menores de edad 18 años que sean autores, cómplices, encubridores o testigos de delitos, o de cualquier otro antecedente que conduzca inequívocamente a ella y establece en su inciso segundo que "Esta prohibición regirá también respecto de niños y niñas que sean presuntas víctimas de delitos y de niños y niñas cuya exhibición en televisión, atendido el contexto, pueda redundar en un daño a su desarrollo o a su integridad física o psíquica."

Y sobre los conceptos invocados su artículo 1° los define en su letra b), f) y g) señalando respectivamente que la "Truculencia" en el contenido audiovisual sujeto a su fiscalización se

caracteriza como: "[...] aquello que represente una conducta ostensiblemente cruel o que exalte la crueldad o abuse del sufrimiento, del pánico o del horror, sin encontrar fundamento bastante en el contexto."

Luego, en la letra sobre la "Victimización secundaria", se define esta como las "[...] agresiones psíquicas y/o sociales, que pueda sufrir una víctima de vulneraciones de derechos o de situaciones de menoscabo, causadas por la exhibición del suceso."

Finalmente, se puntualiza que el "Sensacionalismo", consiste en la "Presentación abusiva de hechos noticiosos o informativos que busca producir una sensación o emoción en el telespectador, o que en su construcción genere una representación distorsionada de la realidad, exacerbando la emotividad o impacto de lo presentado."

Sexto: Que, como se puede observar, las restricciones al derecho de emitir opinión y de informar se encuentran debidamente reguladas en la normativa, y por tratarse de normas que limitan garantías constitucionales, su interpretación debe ser restrictiva, de manera que no afecte los derechos en su esencia o los condicione, tal como consagra el artículo 19 en su numeral 26 de la Constitución Política, para que, de este modo, los límites sean justificados y proporcionales.

Del mismo modo deben ser interpretadas las normas de protección de los derechos de la infancia, analizados en extenso por la sentencia en alzada.

En consecuencia, el hecho de emitir un programa basado en una situación verídica no constituye necesariamente una afectación a las garantías constitucionales invocadas por los actores, sino que se deben ponderar los derechos invocados, y el alcance de su ejercicio y afectación en el caso concreto.

Séptimo: Que, tal como señalan los recurridos y fue reconocido por los actores en su acción, el programa de televisión, si bien está inspirado en hechos reales, no utiliza los nombres de la víctima, autores del ilícito ni sus familiares. Por el contrario, se trata de un relato de ficción, como muchas otras historias contenidas en películas y series de televisión, que se inspiró en un acontecimiento verídico, y que no pueden por ello, ser previamente censuradas, sin que se encuentren comprendidas en los límites normativos analizados en los considerandos previos.

Por dicho motivo, la emisión de un programa de ficción como el denunciado, no constituye un acto ilegal o arbitrario por parte del canal recurrido, ya que no se vislumbra atentado alguno contra la honra de las víctimas o sus familiares, especialmente si sus identidades no son parte de la narrativa. De este modo, se descarta la infracción al artículo 34 de La Ley N° 20.430 respecto de la actora menor de edad, y los atentados contra las garantías denunciadas por actores, motivo suficiente para rechazar la acción deducida.

En este orden de ideas, es preciso señalar que se configuraría una situación distinta en caso de utilización de las identidades de los actores, especialmente de la hija de la víctima fallecida, pues entonces podría argumentarse la existencia de una vulneración sus derechos,

especialmente los contenidos en la Ley N° 21.430, como ya lo ha resuelto esta Corte en autos Rol N° 115.236 2022, respecto de la emisión de una creación de la misma cadena televisiva.

Octavo: Que finalmente, es necesario dejar asentado que lo razonado no significa un pronunciamiento respecto de cualquier posible reclamación que se pueda realizar por revictimización de los familiares, ya que esta es una materia que debe ser conocida por el órgano competente, el que, informando en esta acción, indicó que ya se encontraban en tramitación dos reclamos por la emisión del programa en comento.

Por estas consideraciones, y de conformidad y lo dispuesto por el artículo 20 de la Constitución Política de la República y el Auto Acordado de esta Corte Suprema sobre la materia, se revoca la sentencia apelada de catorce de agosto de dos mil veintitrés y, en su lugar, se rechaza el recurso de protección deducido en contra de Televisión Nacional de Chile.

Acordado con el voto en contra del Abogado Integrante Sr. Diego Munita L., quien fue del parecer de confirmar la sentencia en alzada, por sus propios fundamentos. Regístrese, notifíquese y comuníquese.

Redacción a cargo del Abogado Integrante Sr. Diego Munita L.

Pronunciado por la Tercera Sala de esta Corte Suprema integrada por los Ministros (a) Sr. Sergio Muñoz G., Sra. Adelita Ravanales A. y Sr. Miguel Vázquez P. (s) y por los Abogados Integrantes Sr. Diego Munita L. y Sr. Pedro Águila Y. No firman, no obstante haber concurrido a la vista y al acuerdo de la causa, los Ministros Sr. Muñoz y Sra. Ravanales por estar con permiso.

Pronunciado por la Tercera Sala de la Corte Suprema integrada por Ministro Suplente Miguel Eduardo Vázquez P. y los Abogados (as) Integrantes Diego Antonio Munita L., Pedro Águila Y.

42. Corte Suprema, 6 de febrero de 2024, rol N° 1.430- 2024.

Filiación. Manifiesta falta de fundamento. Acción de reconocimiento de paternidad. Normas decisoria litis no invocadas. Impugnación de paternidad.

Santiago, seis de febrero de dos mil veinticuatro.

Vistos y teniendo presente:

Primero: Que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 782 del Código de Procedimiento Civil, se ha ordenado dar cuenta del recurso de casación en el fondo deducido por el demandado en contra de la sentencia de la Corte de Apelaciones de Valparaíso, que confirmó la de primera instancia que rechazó la demanda de impugnación y reconocimiento de paternidad.

Segundo: Que, del examen del recurso, se advierte que estima vulnerados los artículos 1 y 5 de la Constitución Política de la República, 2, 3, 5, 7, 8 de la Convención sobre los Derechos del Niño, 3,7, 11,12, 26, 27 de la Ley N°21.430 y 32 de la Ley N°19.968.

Solicita se acoja el recurso, invalide la sentencia recurrida y, en su lugar dicte una de reemplazo, que invalide el fallo de primera instancia, revoque el de segunda y acoja la demanda de impugnación y reconocimiento de paternidad.

Tercero: Que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 767 del Código de Procedimiento Civil, el recurso de casación en el fondo procede contra las resoluciones que señala, siempre que se hayan pronunciado con infracción de ley que influya sustancialmente en su parte dispositiva. Conforme a lo establecido en el artículo 772 de dicho Código, el escrito respectivo debe expresar en qué consiste el o los errores de derecho de que adolece la sentencia recurrida, y de qué modo influyeron sustancialmente en lo dispositivo del fallo.

Cuarto: Que, en consecuencia, como en el arbitrio intentado no se acusa la vulneración de normas sustantivas o decisoria litis, debiendo entenderse por tales aquellas con arreglo a las cuales debe resolverse el litigio, y que son las únicas que pueden influir de un modo sustancial en lo dispositivo de la sentencia y permite a esta Corte, eventualmente dictar sentencia de reemplazo, se debe concluir que, en tales circunstancias, no puede prosperar por manifiesta falta de fundamento.

Por estas consideraciones y de conformidad, además, con lo dispuesto en los artículos 764, 767 y 772 del Código de Procedimiento Civil, se rechaza el recurso de casación en el fondo interpuesto contra la sentencia de diecinueve de diciembre de dos mil veintitrés, dictada por la Corte de Apelaciones de Valparaíso.

Regístrese y devuélvase. N°1.430-2024.

43. Corte Suprema, 8 de febrero de 2024, rol N° 207.869- 2023.

Responsabilidad contractual. Daño emergente. Daño moral. Incumplimiento contractual. Indemnización de perjuicios. Manifiesta falta de fundamento. Carga de la prueba. Lex artis. Admisibilidad del recurso de casación en el fondo. No se denuncia infracción a la norma decisoria litis. Carácter de instrumentos públicos. Responsabilidad médica. (Derecho civil)

Santiago, ocho de febrero de dos mil veinticuatro.

Visto y teniendo presente:

Primero: Que en este procedimiento ordinario de indemnización de perjuicios por responsabilidad médica seguido ante el Primer Juzgado Civil de Santiago bajo el Rol C 5342 2013, caratulado "L. con M. ", se ha ordenado dar cuenta de la admisibilidad del recurso de casación en el fondo deducido por la demandada Carmen Gloria M. en contra de la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, de fecha seis de julio de dos mil veintitrés, que confirmó con declaración la de primer grado, de treinta de septiembre de dos mil diecinueve, y acogió la demanda ordenando pagar daño moral a la víctima por ciento cincuenta millones de pesos, a cada uno de sus padres por cincuenta millones de pesos y a cada una de sus hermanas por seis millones de pesos, además de daño emergente por once millones seiscientos noventa y tres treinta y nueve pesos (gastos médicos incurridos en Chile), trescientos ocho mil novecientos cuarenta y seis dólares de los Estados Unidos (gastos médicos en EE.UU.) y seis mil novecientos cuarenta y siete dólares de los Estados Unidos (gastos de traslado del grupo familiar a EE.UU.).

Segundo: Que el recurrente de nulidad afirma en primer término que en la dictación de la sentencia en alzada se ha infringido lo dispuesto en las leyes N° 20.584 y N° 21.430 en relación con los artículos 1437, 1545, 1556, 1557, 1558, 2314 y 2329 del Código Civil, al presuntamente utilizar como parámetro de conducta leyes posteriores a la ocurrencia de los hechos y determinar la lex artis conforme con declaraciones de médicos de los Estados Unidos de América.

En segundo lugar, denunció la vulneración de los artículos 1698, 1700 y 1702 del Código Civil en relación con los artículos 1437, 1545, 1556, 1558, 2314 y 2329 del mismo cuerpo de leyes, al otorgar mérito probatorio para acreditar el daño emergente a instrumentos privados no reconocidos por su parte o emanados de la parte que los presenta.

Como tercer capítulo del arbitrio sustancial de nulidad, sostuvo que los sentenciadores yerran al hacerla responsable de perjuicios que no eran previsibles, como los gastos y costos de traslado a Estados Unidos, con lo cual se infraccionan el artículo 1558 en relación con los artículos 1437, 1545, 1556, 1558, 1560, 2314 y 2329 del Código Civil.

Finalmente, postuló como error jurídico de los sentenciadores la aplicación del artículo 1558 en relación con los artículos 1437, 1545, 1546, 1556, 1557, 1558, 2314 y 2329 del Código Civil, en la medida que se le imputa no haber realizado reunión interdisciplinaria pero no se probó que de ello se siga una modificación de la conducta terapéutica.

Pidió invalidar la sentencia y dictar una sentencia de reemplazo que rechace la demanda, con costas.

Tercero: Que, por su parte, la sentencia de base concluye que hubo negligencia de parte de la recurrente pues el procedimiento que aplicó al actor fue deficiente conforme con la *lex artis* y hubo que corregirlo mediante quince cirugías realizadas en los Estados Unidos, todo lo cual se estableció mediante documentos, peritajes y declaraciones de testigos. A su turno, la sentencia de la Corte de Apelaciones tuvo además presente que la demandada tenía la carga de probar su diligencia y no lo hizo.

Cuarto: Que las situaciones fácticas antes reseñadas revelan que las alegaciones del impugnante persiguen desvirtuar los hechos establecidos en la causa, esto es, que el tribunal haya tenido por acreditado un incumplimiento contractual respecto a la víctima y sus padres, y un hecho ilícito generador de daño en lo relativo a las hermanas de aquella.

Luego, al no haberse denunciado por el recurrente la contravención de normas reguladoras de la prueba en lo relativo al incumplimiento contractual y al ilícito que provoca el daño ya que sólo cuestiona el mérito otorgado a la que fuera rendida para acreditar el daño emergente y no se alega una alteración de la carga probatoria, no es posible modificar la situación fáctica que viene asentada en el fallo en lo relativo a la responsabilidad de la demandada.

Quinto: A mayor abundamiento, atendido que en este juicio se reclamó la responsabilidad contractual respecto a la víctima y sus padres, la exigencia consignada en el motivo anterior obligaba al impugnante a denunciar la transgresión de aquellos preceptos que sirvieron para resolver la cuestión controvertida. Sin embargo, el recurrente omite extender la infracción al artículo 1547 del Código de Bello, teniendo presente que dicha norma fue aplicada directamente por la judicatura de instancia.

Y, al no hacerlo, genera un vacío que la Corte no puede subsanar, dado el carácter de derecho estricto que reviste el recurso de nulidad intentado.

Sexto: Por otra parte, respecto al daño emergente, el recurrente nada explica sobre la forma en que se habría verificado la infracción del artículo 1698 del Código Civil, norma que tampoco resultaría infringida pues como se dijo no se alega una alteración de la carga probatoria.

Siguiendo esta línea de razonamiento, cabe consignar que no se advierte contravención de los artículos 1700 y 1702 del Código Civil, pues los documentos fueron debidamente ponderados, sin que se alterase el carácter público o privado de los acompañados al juicio, orientándose las alegaciones del impugnante más bien a atacar las consecuencias jurídicas que la valoración del mencionado medio de prueba supuso para su pretensión, promoviendo que esta Corte realice una nueva valoración de la prueba documental, actividad que resulta ajena al recurso de casación.

A mayor abundamiento, el recurso no puede prosperar porque no se ha denunciado la infracción del artículo 346 del Código de Procedimiento Civil, norma decisoria respecto a cuándo debe tenerse por reconocido un instrumento privado, no siendo tampoco efectivo

como sostiene el recurrente que los instrumentos que los sentenciadores tuvieron presente para determinarlo emanen de los demandantes.

Séptimo: Que, finalmente, en lo que interesa al artículo 1558 del Código Civil, los sentenciadores determinan que el traslado del grupo familiar a EE.UU. y los gastos médicos incurridos en dicho país son consecuencia lógica e inmediata del incumplimiento del deudor. Así, se observa que los sentenciadores al acoger el daño emergente por costos de traslado a EE.UU. y gastos médicos incurridos en dicho país, han hecho una correcta aplicación de la normativa atinente al caso de que se trata, ya que de manera acertada han razonado que dichos gastos son consecuencia directa y prevista del incumplimiento contractual consistente en que la demandada aplicó un procedimiento médico quirúrgico deficiente, el cual fue necesario corregir, lo cual se efectuó en los Estados Unidos, estando acreditado los gastos en que el padre de la víctima debió incurrir para mudar a su familia a dicho país y obtener la reparación quirúrgica de la negligente conducta profesional de la recurrente.

Octavo: Que, por las razones expresadas, se concluye que el presente recurso de impugnación adolece de manifiesta falta de fundamento.

Por estas consideraciones y de conformidad, además, con lo previsto en los artículos 767 y 782 del Código de Procedimiento Civil, se rechaza el recurso de casación en el fondo deducido por el abogado Marcelo Bossi Trincado, en representación de la demandada Carmen Gloria Morovic, en contra de la sentencia de seis de julio de dos mil veintitrés, dictada por la Corte de Apelaciones de Santiago.

Regístrese, notifíquese y comuníquese.

Pronunciado por la Primera Sala de la Corte Suprema, integrada por los Ministros señor Arturo Prado P., señor Mauricio Silva C., señor Miguel Vázquez P. (S) y los Abogados Integrantes señor Héctor Húmeres N. y señor Raúl Patricio Fuentes M.

44. Corte Suprema, 26 de febrero de 2024, rol N° 199.713-2023.

Abuso sexual agravado. Inviolabilidad de las comunicaciones. Falta de consentimiento. Derecho a la vida privada. Debido proceso. Exclusión de prueba ilícita. Elemento histórico.

Santiago, veintiséis de febrero de dos mil veinticuatro.

Vistos:

El Tribunal de Juicio Oral de Copiapó, por sentencia de dieciocho de julio de dos mil veintitrés, en los antecedentes RUC 1900260500-K, RIT 42-2023, condenó a Felipe Andrés Hueitra Ramírez y a Freddy Patricio Hueitra Ramírez, por su participación en calidad de autores del delito consumado de abuso sexual agravado, previsto y sancionado en el artículo 365 bis N° 1, en relación con el artículo 361 N° 2, ambos del Código Penal, ocurrido en la comuna y ciudad de Vallenar, entre los días 20 y 21 de febrero, ambos del año 2019, a sufrir las penas de catorce años de presidio mayor en su grado medio y de siete años de presidio mayor en su grado mínimo, respectivamente, más las penas accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos e inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras dure la condena.

En contra de dicho fallo, la defensa de los sentenciados dedujo recurso de nulidad, el que fue conocido en la audiencia pública del seis de febrero en curso convocándose a los intervinientes a la lectura de la sentencia para el día de hoy, como consta en el acta respectiva.

Considerando:

Primero: Que, el recurso de nulidad se funda de manera principal en la causal de la letra a) del artículo 373 del Código Procesal Penal, denunciando la infracción a las garantías constitucionales de respeto al debido proceso, a la vida privada y a la inviolabilidad de las comunicaciones, contempladas en el artículo 19 numerales 3°, 4° y 5° de la Carta Fundamental. Cimentando tales alegaciones en que el medio de prueba principal, y que dio origen a la denuncia, es el material audiovisual denominado como “Video 5”, grabación que fue obtenida desde el teléfono celular de propiedad del sentenciado sin su consentimiento, y que fue enviada por la pareja de éste a la víctima desde el mismo aparato móvil, dispositivo desde el cual también se obtuvieron conversaciones de audio entre la víctima y la pareja del sentenciado. Estos medios de prueba resultaron ser relevantes para el establecimiento de los hechos, pues el primero de ellos muestra la secuencia de actos ejecutados por los hermanos Hueitra Ramírez que motivan la condena; lo anterior no obstante las alegaciones realizadas durante el juicio oral tendientes a obtener una valoración negativa de aquellos antecedentes.

Agrega la defensa que, en tal contexto, el Tribunal Oral intentó dar sustento a dichos elementos de prueba por medio de la declaración de los testigos que depusieron en el juicio reconociendo a los imputados como aquellos que aparecen en el “Video 5”, actividad valorativa que le estaba prohibida dada la forma en que éste fue obtenido.

Termina solicitando que se anule el juicio oral y la sentencia, señalándose el estado en que debe quedar el proceso, ordenando la realización de un nuevo juicio oral ante un tribunal no

inhabilitado, excluyendo los medios de prueba obtenidos con infracción a las garantías fundamentales ya indicadas.

Segundo: Que, en subsidio, el recurso se sostiene en el motivo absoluto de nulidad del artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal, al haberse efectuado una errónea aplicación del derecho que ha influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo, al efectuarse una interpretación extensiva del vocablo “objeto”, necesario para configurar el delito de abuso sexual calificado, previsto en el artículo 365 bis N°1 del Código Penal, en relación al artículo 361 N° 2 del mismo código, equiparándolo a la introducción de dedos, en circunstancias que las acciones ejecutadas se encuadran en el tipo penal del artículo 366 inciso primero en relación con la circunstancia 2° del artículo 361 del texto punitivo, el cual se refiere al contacto corporal, de significación sexual, con la boca, vagina o ano de la víctima, cuya relevancia afecte el bien jurídico protegido, empero, erróneamente, se catalogó como un objeto una parte del cuerpo humano, resultando de aquello una condena más gravosa.

Solicita, que en razón de lo anterior, los hechos sean calificados de acuerdo al tipo penal establecido en el artículo 366 del Código Penal y se dicte sentencia de reemplazo que condene a los acusados en el rango de pena de presidio menor en su grado máximo.

Tercero: Que, la sentencia impugnada, en su motivo noveno, tuvo por acreditado que, *“Entre la noche del 20 de febrero y la madrugada del 21 de febrero, ambos de 2019, al interior de la casa ubicada en calle Gabriela Mistral N°1.219, población Hermanos Carrera, Vallenar, los hermanos Freddy Patricio Hueitra Ramírez y Felipe Andrés Hueitra Ramírez organizaron una fiesta en dicha casa, a la que concurrió A. junto a dos amigas y un grupo de hombres. La señorita A. consumió alcohol, cannabis sativa y en ese contexto Freddy Patricio Hueitra Ramírez ofreció a los asistentes comprimidos supuestamente de clonazepan, y la señorita A. voluntariamente se tragó uno. Luego, ella sintió un malestar corporal, razón por la cual la llevaron hasta un dormitorio en la casa y la recostaron en una cama, en donde perdió absolutamente el conocimiento y sentido de su cuerpo. Posteriormente, aun en la madrugada, los hermanos Freddy Patricio Hueitra Ramírez y Felipe Andrés Hueitra Ramírez ingresaron a la habitación donde estaba la víctima, señorita A., quien continuaba inconsciente y recostada en la misma cama y ambos, conjuntamente, aprovecharon su privación de sentido e incapacidad para oponerse, y Felipe Andrés Hueitra Ramírez introdujo reiteradamente los dedos de sus manos en la vagina de A., en presencia de su hermano Freddy Patricio Hueitra Ramírez, quien también realizó acciones lascivas en relación al cuerpo de la ofendida, sin tocarla, todo lo anterior mientras ellos grababan un video y fotografiaban tales acciones en perjuicio de aquella.”*

Estos hechos fueron calificados por el tribunal como constitutivos del delito consumado de abuso sexual agravado, previsto y sancionado en el artículo 365 bis N° 1, en relación al artículo 361 N° 2, ambos del Código Penal.

Cuarto: Que, en lo atinente a la causal principal esgrimida en el recurso, el fallo impugnado señaló en la motivación duodécima que *“Se habla de una evidencia obtenida de un teléfono robado a su representado por su pareja. Desde el inicio la defensa pide la absolución por la infracción al debido proceso del 19 N° 3, y además del 19 N° 4 y N° 5, por el derecho a la privacidad*

y el derecho la intimidad y hay una relación con la propiedad. La defensa, en la audiencia de formalización y preparación de juicio oral, ha venido señalando cual ha sido la teoría y ha sido bastante transparente. La obtención con inobservancia de garantías constitucionales, conlleva a pedir la absolución de sus representados.

El tribunal desestimaré esta alegación debido a que la defensa no rindió prueba alguna que acredite que el aludido teléfono de Felipe Hueitra fue robado.

Esa alegación debió haber sido probada como por ejemplo mediante la declaración del acusado, quien en el juicio guardó silencio, y, al menos, por la declaración de su pareja de nombre A.. Sin embargo, la defensa ni siquiera la ofreció como medio de prueba.

Si lo anterior no pudiese estimarse un argumento concluyente (como lo estima este tribunal) a mayor abundamiento debe tenerse en cuenta que, si la defensa estima que en el juicio se rindió prueba obtenida con inobservancia de garantías fundamentales, es decir, prueba ilícita, conforme al artículo 276 del Código Procesal Penal, la defensa debió haber solicitado su exclusión, a fin de que el Juzgado de Garantía no le incluyera en el auto apertura de juicio oral, dado que esa es la oportunidad procesal establecida por el legislador para excluir la prueba obtenida con inobservancia de garantías fundamentales. De no haberse planteado dicha discusión en dicha audiencia, entonces la posibilidad de solicitar la exclusión de dicha prueba precluyó."

En relación a no existir instrucción de incautar el teléfono celular del cual se obtuvieron los videos y fotografías que luego fueron acompañados en un pendrive entregado por la víctima al Ministerio Público, el fallo menciona que: "el tribunal debe decidir en base a la prueba rendida durante el juicio y no sobre la base de eventuales medios de prueba que pudiesen haberse obtenido. Así, con la prueba rendida en el juicio, el tribunal llegó a una decisión condenatoria, sin ninguna duda y la eventual inexistencia de instrucciones o de medios de prueba que según la defensa deberían o podrían haberse obtenido o realizado, resulta ser irrelevante para el tribunal.

En cuanto al "cuestionamiento" de la cadena de custodia planteado por la defensa, es un alegación meramente formal y sin contenido real, puesto que el perito Barrera Chandía, al examinar el contenido del pendrive y lo más importante, el vídeo 5, no encontró evidencias de alteración, con lo cual queda en evidencia que aquellas imágenes no fueron adulteradas y por lo tanto el tribunal dio pleno valor probatorio a aquel vídeo 5, junto a las fotografías y vídeos incorporados en el juicio y que estaban en aquel pendrive (prueba material 1, imágenes 1,2, 3 y 4 y a los vídeos 1, 2, 3, 4 y 5)".

Quinto: Que, de lo hasta ahora dicho, se desprende que las afectaciones reclamadas por el recurrente se basan en la revisión, que hizo la pareja de uno de los sentenciados, del teléfono móvil del acusado, ocasión en que aquella accede a diversas fotografías y videos, supuestamente almacenados en dicho dispositivo, en los que se apreciaría, entre otros, el momento en que la víctima habría sido abusada, de tal modo que lo cuestionado es la realización de diligencias intrusivas por parte de un particular y sin previa autorización, lo que vulneraría, de manera trascendental, el derecho a la privacidad e inviolabilidad de las comunicaciones, y, consecuentemente, la garantía del debido proceso, al incorporarse al juicio prueba obtenida de manera ilícita.

Sexto: Que, es dable consignar, en cuanto al sustrato fáctico en que se enmarca la vulneración de garantías alegada, que la víctima del delito, A. refirió en su declaración que el día 9 de marzo de 2019 recibió una llamada telefónica de la testigo D. Y. N. R. A. quien le indicó que existían comentarios sobre ella, que había sido drogada y abusada, dichos a los que no dio crédito, pero que le generaron dudas, las que luego dispuso al ser contactada por A., conviviente de Felipe Hueitra, quien le señaló haber revisado el celular de este último encontrando las imágenes que daban cuenta del abuso. Agrega que A. concurrió a dependencias de la Policía de Investigaciones de Iquique, donde le informaron que la denuncia debía hacerla la víctima, por lo que le reenvió los archivos desde el celular de su pareja (Felipe Hueitra) al teléfono móvil de A. (la víctima).

Séptimo: Que, relacionando la acción cuestionada con las garantías que se invocan como transgredidas, esta Corte Suprema ya ha señalado que el deber de repeler la prueba ilícita tiene como fundamento la concepción del proceso como instrumento de resolución jurisdiccional de litigios enmarcado dentro del ordenamiento jurídico, lo que conduce a que todo acto que infrinja dicho sistema debe ser excluido del mismo. En este sentido, el Estado está obligado a velar por el respeto de las garantías fundamentales y a evitar los efectos ilegítimos de los atentados de que son objeto, a fin de resguardar la legitimidad del sistema penal y la integridad judicial (SCS 23930-2014, 25.003-2014, 999-2015 y 21430-2016).

A diferencia de lo que ocurre en Estados Unidos, en nuestro ordenamiento se reconoce la eficacia horizontal de los derechos fundamentales, de lo que se desprende que la acción estatal no puede ser requisito sine qua non para que opere el remedio de exclusión probatoria respecto de evidencia obtenida con flagrante vulneración de derechos fundamentales, postura que se ve reafirmada por la circunstancia de que la regla de exclusión se encuentra presente no sólo en materia penal – donde es dable convenir que la abrumadora mayoría de las vulneraciones de derechos son cometidas por agentes del Estado – sino también en materia de derecho laboral y derecho de familia, en que los atropellos a derechos fundamentales tienden a ser ejecutados por privados.

Ahora bien, no cualquier actuación de particulares pone en movimiento la sanción de ineficacia probatoria; se requiere, a lo menos, que el privado se subrogue –de facto, o en connivencia con un agente estatal- en actuaciones o diligencias propias de la investigación penal, es decir, aquellas que tienden a esclarecer la existencia de un ilícito o la identificación de sus partícipes. En este punto resulta interesante destacar que incluso la jurisprudencia norteamericana, creadora de la institución de la exclusión de prueba ilícita, reconoce algunas limitaciones al requerimiento de acción estatal, como los casos en que un particular actúa, de acuerdo a las circunstancias, como un agente del Estado. Así, por ejemplo, en *Skinner v. Railway Labor Executives*, 489 U.S. 602 (1989), la Corte Suprema califica como medida intrusiva sujeta a la Cuarta Enmienda una actuación netamente privada, pero compelida por reglamentación federal, en la que el interés privado implicado en la diligencia es mínimo, y en cambio, el interés estatal resulta ser preponderante.

Octavo: Que, además, la infracción producida a los intereses del interviniente debe ser sustancial, relevante, de gravedad, de tal modo que el defecto constituya un atentado de tal entidad que conduzca a la ineficacia de la garantía, resultando de ello un desconocimiento del núcleo esencial de ésta.

Noveno: Que entonces, delineados los contornos de las vulneraciones de garantías fundamentales que ameritan, en abstracto, el uso del remedio de exclusión, cabe analizar si la infracción denunciada por la defensa, reúne la entidad suficiente para ser considerada una acción ilícita que habilita a poner en marcha tal institución, de acuerdo a los supuestos de hecho asentados en el motivo cuarto.

Tal como se establece en el fallo recurrido, la víctima A. no obtuvo el material a instancias o en cooperación con los agentes estatales, ni tampoco arrogándose facultades investigativas reservadas a los órganos de persecución, sino que el hallazgo se produjo a instancias de una tercera persona, la conviviente del acusado, quien le mostró las imágenes contenidas en el teléfono móvil de aquel y luego se las envió, sin que puede estimarse que el acusado haya visto seriamente dañada su legítima expectativa de privacidad respecto del contenido del teléfono, dado que quien accede a él lo hizo en el contexto de la relación sentimental que los vinculaba, esfera en la que no es posible evidenciar como factibles las transgresiones aludidas.

En este punto es relevante recordar que, si bien la defensa esbozó que dicho dispositivo eventualmente podría haber sido sustraído ilegítimamente, lo cierto es que dicha circunstancia no fue acreditada tal como establece la sentencia en estudio.

Décimo: Que, de este modo, tal como asienta el fallo impugnado, no se observan razones para haber prohibido la incorporación al juicio de la evidencia aludida y consecuentemente, su valoración positiva no ha lesionado las garantías del debido proceso, la vida privada y la inviolabilidad de las comunicaciones, razón por la cual el motivo principal de nulidad será desestimado.

Undécimo: Que, en cuanto a la causal prevista en el artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal, esto es, cuando en el pronunciamiento de la sentencia, se hubiere hecho una errónea aplicación del derecho que hubiere influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo, al haber asimilado la *“introducción de objetos de cualquier índole”* que requiere el tipo penal agravado de abuso sexual, previsto en el artículo 365 bis del Código Penal, a la *“introducción de dedos”*.

Sobre el particular, los jueces del fondo desestimando la calificación jurídica de los hechos propuesta en la acusación, consistente en el delito de abuso sexual de persona mayor de 14 años, tipificado en el inciso primero del artículo 366, en relación con la circunstancia 2º del artículo 361, ambos del Código Penal, expresan en el motivo décimo que el *“Elemento central y objetivo del tipo penal de abuso sexual agravado, está referido por la expresión “...introducción de objetos de cualquier índole, por vía vaginal...”*.

El tribunal entiende que para los efectos específicos de esa norma, los dedos, son objeto, siguiendo la línea de la voluntad expresa del legislador que introdujo este ilícito, según consta en el Primer Informe

emitido por la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento Senado, al examinar el proyecto de la que posteriormente fue publicado como ley 19.927 de 2004”.

Añadiendo luego que “Por lo tanto, al ponderar conjuntamente toda la prueba analizada precedentemente, no cabe ninguna duda que los hechos de relevancia penal contenidos en la acusación fueron acreditados y justificados sin ninguna duda, para este tribunal. Es decir, se acreditó que se introdujo reiteradamente los dedos de una persona en la vagina de la víctima, mientras ella estaba totalmente dormida, es decir, inconsciente o privada de sentido”.

Concluyen los sentenciadores que: “Los dedos de acuerdo la jurisprudencia mayoritaria de los tribunales, son objetos y, por consiguiente, su introducción en la vagina de la víctima corresponde a una acción típica contemplada en el artículo 365 bis del Código Penal. De esta forma, por especialidad, el tipo penal del artículo 365 bis (abuso sexual agravado) aludido prefiere en aplicación al tipo penal genérico contenido en el artículo 366 del Código Penal, vinculado al abuso sexual simple a persona mayor de 14 años.

Por último, como la víctima estaba totalmente dormida o inconsciente al momento de los hechos, esa situación se corresponde con la circunstancia N° 2 del artículo 361 del Código Penal, esto es, estar privada de sentido de la víctima”.

Duodécimo: Que, como ya se ha expresado por esta Corte Suprema en otras ocasiones, para resolver el problema planteado, resulta útil recordar que, tras la reforma que tuvo lugar en virtud de la Ley N° 19.617, de 12 de julio de 1999, el Código Penal establece una clara diferenciación entre aquellos delitos que demandan acceso carnal –en esencia, la violación y el estupro- y los que consisten en la ejecución de una acción distinta de la penetración – denominados genéricamente por la doctrina como abuso sexual-, cuyas hipótesis conductuales quedaron comprendidas en los artículos 366, 366 bis y 366 ter del referido código.

Sin embargo, el legislador no especificó si la introducción de objetos distintos del pene estaba incluida en el primer o en el segundo grupo de infracciones. Esta omisión, fue salvada en razón de lo establecido en la Ley N° 19.927, de 14 de enero de 2004, que incorporó en el Código Penal el artículo 365 bis, referidos al caso en que *“la acción sexual consistiere en la introducción de objetos de cualquier índole, por vía vaginal, anal o bucal, o se utilizaren animales en ello...”*.

Es por ello que se ha sostenido con razón, que el artículo 365 bis del Código Penal se encuentra ubicada en el límite exacto entre las figuras delictivas que demandan acceso carnal -violación del artículo 361 y 362 y estupro del art. 363 todos del código del ramo- y aquellas que, en razón de exigir un comportamiento sexual diverso, han recibido la denominación genérica de abuso sexual (artículos 366, 366 bis, 366 ter). (Rodríguez Collao, Luis. Derecho Penal Parte Especial. T. II, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 133 y ss.).

No debe perderse de vista que la pena con que se castiga el delito en estudio es más alta que las previstas para las diversas hipótesis de abuso sexual, llegando a equipararse su desvalor e intensidad, con las impuestas por la ley a la violación y al estupro.

En virtud de esas consideraciones, correctamente se ha entendido que, a pesar de que el artículo 365 bis tiene asignada la misma pena que el delito de violación o el estupro, dicho precepto contempla una figura agravada de abuso sexual (Politoff/Matus/Ramírez, 2011, p. 271 y Rodríguez Collao, op. cit. p. 135).

Para confirmar esta conclusión, basta considerar que la acción típica del delito que nos ocupa, consiste en ejecutar una *“acción sexual”*, utilizando el legislador la misma fórmula denominativa que utiliza para describir el delito de abuso sexual previsto en los aludidos artículos 366, 366 bis y 366 ter. Por consiguiente, el sentido y alcance de dicha conducta debe ser precisado de acuerdo con la definición que ofrece el artículo 366 ter del Código Penal, que hace referencia a los tres artículos precedentes, aludiendo con ello indudablemente al artículo 365 bis.

En consecuencia, la figura delictiva del artículo 365 bis del Código Penal, es una forma específica de abuso sexual, agravada y cualificada en razón de la mayor gravedad que el legislador atribuyó a las dos hipótesis de comportamiento sexual abusivo contemplados en él. Por consiguiente, el delito en examen sanciona la *“acción sexual”*, concepto normativo que está definido en el artículo 366 ter, como *“cualquier acto de significación sexual y de relevancia realizado mediante contacto corporal con la víctima, o que haya afectado los genitales, el ano o la boca, aun cuando no hubiere contacto corporal con ella”*.

Es en ese contexto que deben ser comprendidas las dos modalidades ejecutivas que contempla la figura calificada de abuso, pero que, en estricto rigor, constituye la especificación de una misma hipótesis conductual: la introducción en el cuerpo de la víctima de objetos de cualquier índole, distintos al pene.

Décimo tercero: Que la hermenéutica que debe realizar esta Corte para determinar significado, sentido y alcance del elemento objetivo del ilícito en examen –objeto de cualquier índole–, conduce, en primer lugar, a acudir a su tenor literal. Sin embargo, conforme el mandato previsto en el artículo 19 del Código Civil, *“bien se puede, para interpretar una expresión obscura de la ley, recurrir a su intención o espíritu; claramente manifestado en ella misma o en la historia fidedigna de su establecimiento”*.

Décimo cuarto: Que, las reflexiones precedentes, evidencian que el legislador ha sido ambiguo al momento de describir la conducta típica que sanciona el delito de abuso sexual calificado, no sólo por la alusión a un elemento físico indeterminado que el referido precepto contempla - “objeto cualquier índole”- sino porque se trata de una ilícito que está en el límite de las figuras delictivas que demandan acceso carnal y aquellas constitutivas de abuso sexual, según se expresó precedentemente.

Décimo quinto: Que, por consiguiente, llevan la razón los jueces del fondo al haber acudido a la historia fidedigna del establecimiento de la ley, en la que se hizo constar en forma expresa que el término *“objetos de cualquier índole”*, incluye en su ámbito típico la introducción de partes del cuerpo distintas al pene.

En efecto, en el Primer Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, al examinar el proyecto que posteriormente fue publicado como Ley N° 19.927, se expresó:

“La Comisión estimó adecuado efectuar una valoración de las conductas constitutivas de abusos sexuales que merecen un reproche social más severo, para determinar la penalidad aplicable.

(...) Dejó constancia de que el concepto de “introducción de objetos de cualquier índole” en los conductos vaginales o anales es comprensivo de la utilización de animales para ese efecto, así como cualquier parte del cuerpo humano distinta del órgano sexual masculino, por ejemplo, una mano”. (Sesión 35, Legislatura 349, Boletín 2906-07 de 10 de septiembre de 2003).

Décimo sexto: Que, además del elemento histórico antes aludido, no puede pasar inadvertido para esta Corte que en los delitos sexuales perpetrados en contra de persona mayor de catorce años -dentro de los que se encuentra el abuso sexual calificado-, el bien jurídico protegido es la libertad sexual, de manera que el criterio normativo para fijar la relevancia jurídico-penal de la acción realizada, no está puesto en el contenido sexual específico del acto, sino en la intensidad de afectación del derecho del ofendido a decidir libremente en este plano y en el entendimiento de esas normas como una prohibición de involucrar a otro en un contexto sexual sin su consentimiento, instrumentalizándolo.

Desde esta consideración, no tiene relevancia jurídico-penal el hacer distinciones sobre la naturaleza, volumen o entidad del objeto utilizado para la perpetración del ilícito en examen, desde que la afectación a la libertad sexual de la víctima se ve limitada o restringida de la misma manera, cualquiera sea las particularidades del *“objeto de cualquier índole”* con que se ejecute la acción típica.

Décimo séptimo: Que la interpretación antes efectuada, además, se encuentra en armonía con lo previsto en el artículo 7 letra b) de la Convención Belém Do Pará, -Tratado Internacional ratificado por Chile que está en vigor, conforme al artículo 5° inciso segundo de la Constitución Política de la República-, que impone al Estado de Chile el deber reforzado de actuar con la debida diligencia, obligaciones que, entre otros aspectos, importa sancionar y castigar los actos de violencia cometidos contra la mujer -como naturalmente son los delitos sexuales-, de manera proporcionada, evitando que los estereotipos de género influyan en la sanción.

Décimo octavo: Que, por consiguiente, no habiéndose incurrido en el error de derecho denunciado, desde que los hechos que se han tenido por acreditados satisfacen los elementos del delito de abuso sexual calificado, del artículo 365 bis N°1 en relación al artículo 361 N°2 del Código Penal, este acápite del recurso también será rechazado.

Por estas consideraciones y de acuerdo también a lo establecido en los artículos 372, 373 letras a) y b), 376 y 384 del Código Procesal Penal, Penal, SE RECHAZA el recurso de nulidad deducido por la defensa de los acusados Felipe Andrés Hueitra Ramírez y Freddy Patricio Hueitra Ramírez, en contra de la sentencia de dieciocho de julio de dos mil veintitrés, dictada por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Copiapó, y contra el juicio oral

que le antecedió en el proceso RUC N° 1900260500-K, RIT N° 42-2023, los que, por consiguiente, no son nulos.

Se previene que la Abogada Integrante señora Tavolari concurre al rechazo del recurso de nulidad excluyendo el razonamiento contenido en el párrafo segundo del considerando noveno, por cuanto, a su entender, lo relevante en torno a la obtención de las grabaciones, y su utilización como medio probatorio en el juicio, está determinado por la inactividad de la defensa en orden a solicitar la exclusión de dicha prueba en la oportunidad procesal correspondiente.

Regístrese y devuélvase.

Redacción del fallo a cargo de la Ministra Suplente señora Quezada, y de la prevención, su autora. Rol N° 199.713-2023.-

Pronunciado por la Segunda Sala de la Corte Suprema integrada por el Ministro Sr. Manuel Antonio Valderrama R., la Ministra Sra. María Teresa Letelier R., los Ministros Suplentes Sr. Juan Manuel Muñoz P. y Sra. Eliana Quezada M., y la Abogada Integrante Sra. Pía Tavolari G. No firman la Ministra Sra. Letelier y la Ministra (S) Sra. Quezada, no obstante haber estado en la vista y en el acuerdo del fallo, por estar con permiso y haber culminado su periodo de suplencia respectivamente.

45. Corte Suprema, 11 de marzo de 2024, rol N° 248.587-2023.

Medida de protección. Derecho a defensa. Atención de salud. Derecho a ser oído. Obligación de oír a niños, niñas y adolescentes. Principio de autonomía progresiva. Centro de Medidas Cautelares conculcó artículo 16 inciso 2° de ley N° 19.968. (Derecho de familia)

Santiago, once de marzo de dos mil veinticuatro.

Vistos:

En estos autos RIT P 8725 23, caratulados "G. A.", seguidos ante el Centro de Medidas Cautelares de Santiago, por sentencia de veintiocho de julio de dos mil veintitrés, se rechazó aplicar una medida de protección en favor de la niña de iniciales J.I.G.A.

Apeló el padre requirente y una sala de la Corte de Apelaciones de Santiago, con fecha treinta de octubre de dos mil veintitrés, la confirmó.

En contra de dicha decisión la misma parte dedujo recurso de casación en el fondo denunciando la infracción de una serie de normas que influyeron sustancialmente en lo dispositivo del fallo, por lo que solicita se lo invalide y se dicte el de reemplazo que indica.

Se ordenó traer los autos en relación.

Considerando:

Primero: Que, el recurso sostiene que la sentencia impugnada interpreta y aplica erróneamente el artículo 32 de la Ley N° 19.968, al apartarse de la sana crítica en el análisis de los antecedentes; agrega que "Conjuntamente a ello, se ha vulnerado el artículo 50 de la ley 21.430, que establece claramente la obligatoriedad de seguir un debido proceso y brindar tutela judicial efectiva: al respecto, resulta clarísimo que los autos a quo han vulnerado el debido proceso de familia. Así, también se ha vulnerado el artículo 28 de la ley 21.430 y 16 de la ley 19.968 (no se ha escuchado a J.); el artículo 68 de la ley 19.968 (dado que la ley no exige gravedad para conocer proteccionalmente) y los principios de inmediación y bilateralidad". Funda la errónea aplicación de las normas de derecho invocadas en que para resolver no se tuvo en cuenta que la curaduría no entrevistó a la niña, lo que transgrede lo dispuesto en el artículo 28 de la Ley N° 21.430; que, además, se le privó de su derecho a interponer reposición en audiencia al haberse desconectado la jueza de primera instancia inmediatamente después de dar a conocer su decisión en que indicó que no existen antecedentes de una vulneración grave de los derechos de la niña, pese a que la legislación no exige "gravedad". Sostiene que lo anterior influyó en lo dispositivo del fallo y en razón de aquello solicita se lo acoja, se la invalide y se dicte la correspondiente de reemplazo conforme a derecho.

Segundo: Que, de la revisión del expediente digital consta lo siguiente:

1. Con fecha 26 de junio de 2023, don Jorge I. G. A., presentó un requerimiento en favor de una niña de 8 años de edad, fundado en que la madre de la niña no entrega información sobre los tratamientos médicos de la niña, no le permite ejercer la relación directa y regular y que la niña aún no sabe que él es el padre.

2. Por resolución de 30 de junio de 2023, el tribunal, atendido que la Consejera Técnica no logró establecer contacto con los progenitores y ante la ausencia de antecedentes que tengan mérito suficiente para emitir pronunciamiento respecto de los hechos denunciados, citó al denunciante a audiencia para el 6 de julio de 2023 a las 09:30 horas.

3. Por resolución de 18 de julio de 2023, tras escuchar la opinión de la consejera técnica, el tribunal citó a audiencia preparatoria para el 27 del mismo mes y año.

4. Tras escuchar la opinión del consejo técnico y de la curadoría ad litem, que indicó no se entrevistó con la niña, por sentencia de 27 de julio de 2023, el tribunal resolvió no hacer lugar a aplicar medidas de protección en favor de aquella.

Tercero: Que, en ese contexto, si bien la resolución impugnada – que hizo suya la del Centro de Medidas Cautelares – examina los antecedentes del caso y hace un desarrollo argumentativo dogmático, en relación a los objetivos del procedimiento de protección previsto en la ley, concluyendo que, en la especie, la niña ha recibido las atenciones de salud esperables, sin que se avizore alguna vulneración en ese ámbito, por lo que el reclamo del padre – que estima pretende establecer un vínculo con su hija y ser reconocido como tal – debiese tramitarse en sede contenciosa, todo lo cual, en principio, no parece descaminado, teniendo presente, además, lo que dispone el inciso final del artículo 72 de la Ley N° 19.968, lo cierto es que llama la atención que se pasara por alto la necesidad de escuchar a la niña previamente, aceptando sin más la justificación de la curadora ad litem acerca de que no había podido ubicarla, ni se hiciera alguna indagación a ese respecto, en circunstancias que iba a resolverse algo que le atañe directamente.

En efecto, la niña tenía 8 años de edad cuando se inició el procedimiento, por lo que correspondía darle la oportunidad de expresarse, en una forma acorde a su edad y madurez, de manera que la decisión también considerara sus sentimientos, deseos o temores respecto a la forma de resolver la cuestión sometida a decisión del tribunal; y sin que se adviertan inconvenientes para haber cumplido con la obligación en cuestión en esa etapa.

Cuarto: Que, se debe tener presente que el artículo 12 de la Convención de los Derechos del Niño señala que los Estados Partes deben garantizar al niño, niña o adolescente que está en condiciones de formarse un juicio propio, el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que le afecte, teniéndose debidamente en cuenta su sentir, en función de su edad y madurez; y que, con tal fin, se le debe dar oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que lo incumba, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional. La Observación General N° 12 del Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas, por su parte, establece medidas que deben aplicarse para garantizar el acatamiento del derecho del niño a ser escuchado, de acuerdo al contexto de que se trate; y condiciones básicas para ello. Asimismo, señala que el artículo 12 de la Convención, que estatuye el derecho del niño a ser escuchado, está vinculado a los siguientes artículos: 2 (derecho a la no discriminación), 6 (derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo), 13

(derecho a la libertad de expresión), 17 (derecho a la información), y 5 (evolución de las facultades del niño y dirección y orientación apropiadas de los padres); siendo, además, interdependiente con el artículo 3 (consideración primordial del interés superior del niño). También se refiere al derecho de que se trata la Observación General N° 14 del mismo comité, en el sentido que la evaluación del interés superior del niño debe abarcar el respeto de su derecho a expresar libremente su opinión y a que se tenga en cuenta en todos los asuntos que le afectan.

Entonces, el artículo 12 establece que el niño, niña y adolescente tiene derecho a manifestar sus deseos, sentires, de manera libre y que sean tenidos en cuenta en la oportunidad en que se resuelva el asunto que les incumbe, enlazándose directamente con el principio de la autonomía progresiva. Lo señalado importa, por lo tanto, que deben ser considerados como sujetos de derechos humanos y civiles, y al estar en las condiciones que indica dicha norma, debe necesariamente escuchárseles de manera tal de establecer una comunicación, un diálogo con ellos.

Quinto: Que la doctrina nacional señala, en lo que se refiere a los procedimientos jurisdiccionales ante tribunales de familia, que puede verse como una consagración de la garantía del derecho a la defensa, en su aspecto o dimensión de "defensa material" que se traduce en las facultades del niño, niña o adolescente a intervenir en todos los asuntos que le afecten, formular alegaciones y presentar prueba y, en general, estar protegidos en contra de cualquier indefensión, por lo que no se satisface consultando la opinión en una oportunidad durante la tramitación del proceso, sobre dos o tres alternativas cerradas definidas de manera previa, sino que se le debe ofrecer la posibilidad de participar en la construcción del caso, desde un principio, siendo un protagonista de la decisión en un sentido más amplio. No se trata simplemente del derecho a opinar, sino del derecho a participar en la decisión del caso (en la decisión de su propia vida). ("El niño como sujeto de derechos y la nueva justicia de familia. Interés superior del niño, autonomía progresiva y derecho a ser oído", Jaime Couso, en Revista de Derechos del Niño N° 3 y 4, p, 153 154, Universidad Diego Portales y UNICEF, Santiago, 2006).

También se sostiene que es una manifestación del derecho a la libertad de expresión como representación del libre pensamiento, pues impone a los Estados la obligación de garantizar la libertad de pensamiento y expresión de los niños, niñas y adolescentes, fijando pautas interpretativas que sirvan de guía al juez y al legislador y regula expresamente el derecho a ser oídos en todas las decisiones que puedan afectar su vida futura; entendiéndose como un derecho de participación que debe ser dilucidado en consonancia con el principio del interés superior y el de la autonomía progresiva. ("La voz de los niños en la justicia de familia de Chile", Macarena Vargas Pavez y Paula Correa Camus, en Revista Ius et Praxis, año 17, N° 1, 2011, p.177 204).

Así, por lo demás, lo ha señalado esta Corte en sentencias dictadas con fecha 18 de abril de 2017, en los autos Rol N° 1.732 2017, N° 8.663 2018, N° 41.145 19 y N° 47.589 23

Sexto: Que, del análisis de la normativa aplicable a la materia, en especial la de carácter procesal contenida en los artículos 68 y siguientes de la Ley N°19.968, se desprende que el inicio de una causa por medida de protección puede ser de oficio o mediante requerimiento, incluso de terceros; la presentación no necesita cumplir con determinadas formalidades, tampoco precisar qué medida se solicita aplicar, en definitiva. Enseguida, el tribunal debe fijar una audiencia preparatoria dentro de los cinco días siguientes a la petición, que será la primera resolución que se dicte para dar curso a la presentación, a la que deberán asistir el niño, niña o adolescente cuyos derechos se denuncien amenazados o vulnerados, quienes serán informados acerca del motivo de su comparecencia en un lenguaje que le resulte comprensible, sus progenitores o quienes ejerzan su cuidado, y todo aquel que pueda aportar antecedentes para una acertada resolución del asunto, oportunidad en que las partes expondrán lo que estimen pertinente. El juez indagará sobre la situación que ha motivado el proceso y la forma en que afecta al niño, niña o adolescente y la identidad de quienes se encuentren involucrados en esa vulneración.

Una vez oídos los citados, el juez, si contare con todos los elementos probatorios necesarios para resolver, dictará sentencia en dicha audiencia preparatoria, a menos que estime procedente una medida de protección que implique la privación del niño de sus medios familiares.

Séptimo: Que, el artículo 16 de la Ley N°19.968 establece: "Interés superior del niño, niña o adolescente y derecho a ser oído. Esta ley tiene por objetivo garantizar a todos los niños, niñas y adolescentes que se encuentren en el territorio nacional, el ejercicio y goce pleno y efectivo de sus derechos y garantías.

El interés superior del niño, niña o adolescente, y su derecho a ser oído, son principios rectores que el juez de familia debe tener siempre como consideración principal en la resolución del asunto sometido a su conocimiento.

Para los efectos de esta ley, se considera niño o niña a todo ser humano que no ha cumplido los catorce años y, adolescente, desde los catorce años hasta que cumpla los dieciocho años de edad".

Por último, el artículo 19.1 de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, Niña y/o Adolescente, consagra la obligación de "todos los Estados partes de adoptar todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier persona que lo tenga bajo su cuidado".

Séptimo: Que, en ese contexto, si bien la resolución impugnada -que hizo suya la del Centro de Medidas Cautelares- examina los antecedentes del caso y hace un desarrollo argumentativo dogmático, en relación a los objetivos del procedimiento de protección previsto en la ley, concluyendo que, en la especie, la niña ha recibido las atenciones de salud esperables, sin que se avizore alguna vulneración en ese ámbito, por lo que el reclamo del

padre -que en el fondo pretende establecer un vínculo con su hija y ser reconocido como tal- debiese tramitarse en sede contenciosa, todo lo cual, en principio, no parece descaminado, teniendo presente, además, lo que dispone el artículo 16 de la Ley N°19.968, lo cierto es que llama la atención que se pasara por alto la necesidad de escuchar a la niña previamente, sin que la justificación de la curadora ad litem acerca de que no había podido ubicarla por teléfono ni se hiciera alguna indagación a ese respecto, en circunstancias que iba a resolverse algo que le atañe directamente.

En efecto, la niña tenía 8 años de edad cuando se inició el procedimiento, por lo que correspondía darle la oportunidad de expresarse, en una forma acorde a su edad y madurez, de manera que la decisión también considerara sus sentimientos, deseos o temores respecto a la forma de resolver la cuestión sometida a decisión del tribunal; y sin que se adviertan inconvenientes para haber cumplido con la obligación en cuestión en esa etapa.

Octavo: Que, en consecuencia, al resolver el Centro de Medidas Cautelares de Santiago, sin escuchar a la niña, conculcó lo que dispone el inciso 2° del artículo 16 de la Ley N° 19.968, con ello, las demás normas a que se hace referencia, que influyó de manera substancial en su parte dispositiva, dado que se adoptó respecto de la niña una decisión que incide en su vida presente y futura, sin escuchar su opinión; en razón de lo anterior, se estima innecesario emitir pronunciamiento en relación a los otros capítulos del recurso.

Por estas consideraciones y de conformidad, además, con lo que disponen los artículos 764 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, se acoge el recurso de casación en el fondo deducido por el padre requirente en contra de la sentencia de treinta de octubre de dos mil veintitrés, dictada por la Corte de Apelaciones de Santiago, la que se invalida y se la reemplaza, sin nueva vista y separadamente, por la que se dicte a continuación.

Regístrese, notifíquese y comuníquese.

Pronunciado por la Cuarta Sala de la Corte Suprema integrada por los Ministros señora Andrea Muñoz S., señor Diego Simpértigue L., ministra suplente señora Eliana Quezada M., y los abogados integrantes señor Gonzalo Ruz L., y señora Carolina Coppo D.

No firman los abogados integrantes señor Ruz y señora Coppo, no obstante haber concurrido a la vista y al acuerdo de la causa, por ambos haber cesado en sus funciones.

Sobre el autor

Francisco Estrada Vásquez es abogado, Licenciado en Derecho por la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile y Magíster en Derecho de Infancia, Adolescencia y Familia, por la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales.

Es consejero del Consejo de Estándares y Acreditación del Servicio de Reinserción Social Juvenil.

Fue Jefe del Departamento de Menores del Ministerio de Justicia (2004-2008) y Director Nacional del Servicio Nacional de Menores (2010).

Actualmente es profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad Alberto Hurtado y Director Ejecutivo de la Corporación INFAJUS donde representan gratuitamente a niños y familias del sistema proteccional.

Editor del blog especializado <http://justiciadefamilia.blogspot.com/>