

CORTE DE APELACIONES  
ANTOFAGASTA

Antofagasta, veinticinco de noviembre de dos mil ocho.

VISTOS:

A fojas 1 comparece doña Loreto Flores Tapia, Defensora Penal Público, en representación del menor de cinco meses B.A.N.V. y de la madre Paulina Andrea Varas Fuentes, quien se encuentra cumpliendo condena en el Centro de Detención de Antofagasta por el período de 541 días de presidio menor en su grado medio a partir del 29 de mayo del año en curso, por el delito de tráfico ilícito de drogas, interpone recurso de protección en contra del Juez de Familia de Antofagasta don Guillermo Cadiz Vatsky, quien en Sentencia dictada en la audiencia de juicio de 6 de Noviembre de 2008, en causa P-925-2008, dispuso la entrega del cuidado personal del menor a un hogar de lactantes a partir de fecha 10 de Noviembre y ordena la separación de su madre, medida arbitraria no explicitada que vulnera derechos fundamentales de sus representados, como el derecho a la integridad física y psíquica de la persona, garantía contemplada en el artículo 19 N°1 de la Constitución Política de la República y los contemplados en los artículos 11 N° 2 y 25, este último en armonía con los artículos 1° y 2° de la de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y las disposiciones constitucionales de los artículos 5° inciso segundo, 19 N° 3 y 26 y artículo 20 de la Constitución Política de la República, además en los derechos contemplados en los artículos 2, 5, 7 y 9 de la Convención de los Derechos del Niño.

Manifiesta la recurrente que el recurrido no consideró los informes

sobre la condición actual de la señora Paulina Andrea Varas Fuentes, sus avances y tampoco tuvo en cuenta que ella tiene una fuerte relación con su hijo de 5 meses y la necesidad de potenciar esa relación y no como decidió, apartarlos radicalmente sin que tengan contacto alguno. La medida adoptada afectará de forma inmediata e irreparable el vínculo del menor respecto de su madre y obviamente afectará su desarrollo posterior y su integridad síquica.

Solicita que a través de esta acción se dispongan las providencias necesarias para el restablecimiento del imperio del derecho y en definitiva se deje sin efecto la resolución del Juez de Familia que impone la separación de B.A.N.V. respecto de su madre. A fojas 71, el recurrido don Guillermo Cádiz Vatsky, Juez de Familia de Antofagasta, informa que en causa RIT P-925-2008, en sentencia dictada en la audiencia de juicio de fecha 6 de noviembre en curso, resolvió el egreso del niño B.A.N.V., hijo de doña Paulina Andrea Varas Fuentes, del Programa de residencias transitorias para madres privadas de libertad y su ingreso al CTL

?Amor y Vida?, en virtud de los fundamentos expuestos en el fallo. Señala además que no corresponde por esta vía argumentar en forma alguna respecto al fondo de la sentencia, la que no se encuentra ejecutoriada. Aclara que la causa se inició el 26 de Junio de 2008, remitido por el señor Alcaide del Centro Penitenciario Femenino de Antofagasta; que la asistente social, representante del Programa de residencias transitorias para madres privadas de su libertad, Carolina Buzzo Garay, asistió a todas las audiencias manifestando la posición del Programa y que en su informe social sugirió que la estadía del niño se proyectara sólo hasta el año de edad, pudiendo extenderse hasta dos años, así ratificado en la audiencia de juicio, en la que se solicitó se condicionara al cumplimiento de ciertas exigencias que se encontraban incumplidas.

A fojas 27, se hizo parte el Servicio Nacional de Menores y en alegato dio a conocer que fue el Sename el que solicitó la medida cautelar del niño. Alegó la improcedencia del recurso de protección deducido por ser contra una resolución judicial y por lo tanto solicitó su rechazo.

Independiente de ello alegó que la madre del niño reconoció inhabilidad para ejercer como tal y el Juez dictó una medida de protección al menor por tratarse un caso grave dado que, doña Paulina Varas Fuentes tiene trastornos de personalidad, dependencia de drogadicción, alta impulsividad, auto agresión, se ha inferido heridas y desde este punto de vista además de los informes de peritos que corroboran lo expresado, la internación está ajustada a derecho, se priorizó el derecho del niño.

A fojas 46, rola informe confidencial del Servicio de Psiquiatría del Hospital Clínico "Dr. Leonardo Guzmán", referido a períodos de tratamiento de la señora Paulina Varas Fuentes, desde el año 2002 al 2006.

A fojas 47, rola Informe de competencias parentales de fecha 12 de Septiembre de 2008, de la psicóloga Ethel Rojas Cortés y de la Asistente social Mónica Pérez Muñoz, ambas de la Fundación Tierra de Esperanza, que sugieren que la tuición y cuidados personales del niño B. sea delegada a familiares que se encuentren capacitados para asumir el rol afectivo, protector y de crianza y que sea incorporado a la sala cuna en convenio con el Centro de Reclusión femenina, Carnavalito, a fin de proporcionarle la estimulación, socialización, cuidados y visibilidad que requiere.

A fojas 54, rola Informe Social Programa de Residencias Transitorias para Hijos de Madres Privadas de Libertad, Gendarmería de Chile, C.P.F. Antofagasta, de fecha 10 de Septiembre de 2008, de la Asistente social señora Carolina Buzzo Garay, quien destaca el interés de la madre por ejercer su rol lo más eficientemente posible, sin desconocer las limitantes que posee por su estructura de personalidad, sugiere que la estadía del niño en el Programa, se proyecte sólo hasta el año de edad, principalmente para afianzar vínculo básico de apego y mantener lactancia materna.

A fojas 62 rola fallo dictado por el Juez Titular don Guillermo Cádiz Vatsky, que resolvió el egreso del niño sujeto de la causa-inscrito como B.A.N.V., del Programa de Residencias Transitorias para Madres Privadas de Libertad y su ingreso, a partir del

10 de Noviembre, al CTL "Amor y Vida" por el término de seis meses, renovable si la situación lo amerita, con el objeto que se evalúe su egreso con la red familiar. En caso que no prospere, deberá evaluarse el ingreso del niño a una institución residencial acorde con sus características. Dispone además que se mantendrá un régimen comunicacional amplio entre el niño y su abuela paterna Gladys Pizarro Tirado en la forma que señala. Finalmente decide suspender todo régimen comunicacional entre el niño y su madre por estimarse que ella, atendida su inhabilidad manifiesta, constituye un perjuicio para el bienestar del niño.

Se trajeron los autos en relación

A fojas 75 se dejó constancia que alegaron las abogadas Loreto Flores Tapia por la recurrente y Mabel Cortés Ebner por el Sename. La recurrente entregó documento ad effectum videndi, que consiste en peritaje psicológico efectuado por Golda Barrientos Bellone, psicóloga, con fecha Noviembre de 2008, que se considerará por ser atingente a lo planteado en el recurso.

La causa quedó en acuerdo. CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que en cuanto a la improcedencia del recurso de protección alegada por el Sename, cabe señalar que dada la naturaleza del recurso cuyo objetivo es restablecer el imperio del derecho que ha sido afectado y lo dispuesto en el artículo 20 de la Constitución Política de la República, que concede el derecho a deducirlo a todo aquel que por sus actos u omisiones arbitrarios o ilegales, sufra privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de los derechos y garantías establecidas en el artículo 19 y entre ellas, la N° 1 que ha hecho valer la recurrente y en relación a lo dispuesto en el artículo 76 de la Constitución Política de la República y en el artículo N°1 del Código Orgánico de Tribunales y sobre todo ante un derecho indubitado las Cortes de Apelaciones pueden adoptar las medidas inmediatas que estimen necesarias para restablecer el imperio del derecho asegurando la oportuna protección del afectado, por lo tanto el rec

urso es procedente.

SEGUNDO: Que el recurso de protección consagrado en el artículo 20 de la Constitución Política de la República es por esencia de carácter cautelar, destinado a amparar el libre ejercicio de las garantías y derechos claramente preexistentes y no discutidos, que en dicha disposición se enumeran, mediante la adopción de medida de resguardo que deben adoptarse ante un acto arbitrario o ilegal que impida, moleste o amague ese ejercicio.

TERCERO: Que es requisito indispensable de la acción cautelar de protección, la existencia de un acto u omisión ilegal o arbitrario que provoque alguno de los efectos señalados en el artículo 20 de la Constitución Política de la República, afectando una o más de las garantías protegidas.

CUARTO: Que la acción que motiva a la recurrente en el recurso es la decisión del Juez de Familia de Antofagasta don Guillermo Cadiz Vatsky, de entregar el cuidado personal del niño de cinco meses de edad B.A.N.V., a un hogar de lactantes a partir de fecha 10 de Noviembre por el término de seis meses, renovable si la situación lo amerita, con el objeto que se evalúe su egreso con la red familiar y ordena la separación de su madre Paulina Andrea Varas Fuentes, quien se encuentra cumpliendo condena en el Centro de Detención de Antofagasta por el período de 541 días de presidio menor en su grado medio a partir del 29 de mayo del año en curso, por el delito de tráfico ilícito de drogas, suspendiendo todo régimen comunicacional entre el niño y ella por estimar que su inhabilidad manifiesta constituye un perjuicio para el bienestar de su hijo, medidas que la recurrente considera arbitrarias, no explicitadas, que vulneran derechos fundamentales de sus representados, como el derecho a la integridad física y psíquica de la persona, garantía contemplada en el artículo 19 N° 1 de la Constitución Política de la República y los contemplados en los artículos 11 N° 2 y 25, este último en armonía con los artículos 1° y 2° de la de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y las disposiciones constitucionales de los artículos 5° inciso segundo, 19 N° 3 y 26 y artículo 20 de la

Constitución Política de la República, además en los derechos contemplados en los artículos 2, 5, 7 y 9 de la Convención de los Derechos del Niño.

QUINTO: Que la razón que tuvo en consideración el recurrido para adoptar la decisión impugnada, es la inhabilidad manifiesta de la madre para hacerse cargo de su hijo, la que fundamenta en que el niño nació encontrándose su madre privada de libertad cumpliendo condena en el Centro Penitenciario Femenino de Antofagasta, la cual, según su historia clínica presenta un consumo poliadictivo de drogas desde los siete años de edad no habiendo concluido tratamiento de rehabilitación en su primera condena ni en la actual, no obstante haber iniciado un proceso de rehabilitación al interior del Centro Penitenciario durante la vigencia de la causa proteccional. Agregando que el consumo de las sustancias o drogas estupefacientes o psicotrópicas es capaz de provocar graves efectos tóxicos o daños considerables a la salud y que sin perjuicio del informe de habilidades parentales evacuado a su respecto, no tiene duda alguna en orden a que dicha situación la inhabilita para ejercer el cuidado personal del niño. Cita el artículo 1 del Decreto 867 de 8 de Agosto de 2007 del Ministerio del Interior, Reglamento de la Ley 20.000, y, artículo 226 del Código Civil en concordancia con el artículo 42 N° 7 de la Ley 16.618. Estimó además que la situación actual del niño, al interior del Centro penitenciario, se constituye en una grave vulneración de sus derechos a la integridad física y psíquica, toda vez que la madre no está en condiciones de crear un vínculo sano y perdurable con él, por lo tanto, privilegiando el interés superior del niño, optando por poner fin a su situación carcelaria, implementando una solución que busque su integración con algún referente familiar de largo plazo o si

ello no es posible, por su mantención en alguna institución que vele por ello con miras a su desarrollo futuro, dispone su egreso a la brevedad.

SEXTO: Que el N° 1 del artículo 19 de la Constitución Política de la República asegura a todas las personas el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica.

SEPTIMO: Que en la misma línea, razón y principios la Convención de los Derechos del Niño, la Convención de Americana sobre Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Acuerdos de la ONU, todos ellos acogidos y corroborados por nuestro país, han considerado que la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y se debe conceder la más amplia protección de la sociedad y del Estado, especialmente y mientras sea responsable del cuidado y la educación de los hijos a su libre consentimiento. La Convención sobre los Derechos del Niño, publicada en el Diario Oficial de 27 de Septiembre de 1990, establece en su artículo 3, N°1 que "En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas del bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se entenderá, será el interés superior del niño"; y en el artículo 2 N°1 "Los Estados Partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales?".

OCTAVO: Que conforme con lo estipulado en el inciso segundo del N° 5 del Auto Acordado de la Excma. Corte Suprema sobre Tramitación del Recurso de Protección de Garantías Constitucionales, la Corte apreciará de acuerdo con las reglas de la sana crítica los antecedentes que se acompañen al recurso, y los demás que se agreguen durante su tramitación.

NOVENO: Que de los antecedentes referidos previamente, queda en evidencia que al considerar el Juez a quo sólo la condición de drogadicta de la madre, ha incurrido, aún cuando su intención ha sido la de protección del niño, en un acto arbitrario que afecta no sólo al menor sino también a la madre, pues la decisión tan categórica de

separación y de incomunicación, pasaría a ser una condena más para la madre y una orfandad para el menor, en consecuencia se puede considerar que ha vulnerado lo dispuesto en el artículo 19 N° 1 de la Constitución Política de la República.

DECIMO: Que la relación madre-hijo es fundamental independientemente de si la madre es drogadicta, delincuente, prostituta, etc. y especialmente si el hijo es un recién nacido que requiere ser alimentado por ella. Hoy se considera que en los primeros cinco años de existencia de una persona, es primordial el vínculo con sus padres y en especial con la madre, situación que tiene que ver con el desarrollo de la inteligencia emocional y con la integridad física y síquica en aras de convertirse en un sujeto sano, sin traumas y normal. Por tal razón aparece como muy importante que el niño no sea separado de su madre en esta etapa de su vida, aún cuando esté en un Centro Penitenciario, porque lo determinante aquí es el vínculo entre ambos.

UNDECIMO: Que cabe considerar que en peritaje psicológico efectuado por la psicóloga Golda Barrientos Bellone, de Noviembre de 2008, se hace mención a que la madre ya tuvo una experiencia similar, a los 17 años tuvo un hijo que fue ingresado como medida de protección, a un centro de Calama relacionado con el Sename, en el que falleció a los cinco meses.

Por estas consideraciones, y atendido lo dispuesto en los artículos 19 y 20 de la Constitución Política de la República, además, lo que dispone el Auto Acordado de la Excma. Corte Suprema sobre tramitación y fallo del Recurso de Protección de las Garantías Constitucionales, SE ACOGE sin costas, el recurso de protección interpuesto a fojas 1, por la abogada Loreto Flores Tapia, en representación de B.A.N.V. y Paulina Andrea Varas Fuentes, en contra del Juez de Familia de Antofagasta don Guillermo Cadiz Vatsky y se deja sin efecto la Sentencia dictada en la audiencia de juicio causa RIT- 925-2008, con fecha seis de Noviembre de 2008, y todas las actuaciones que de ella derivaron.

Se deja constancia que se hizo uso de la facultad conferida en el

artículo 82 del Código Orgánico de Tribunales.

Regístrese, comuníquese y archívese.

Rol 657-2008

Redactó la Abogado Integrante, Marcia Ramos Robl es.