

Santiago, diez de mayo de dos mil diecisiete.

Vistos:

Se reproduce la sentencia en alzada con excepción de los considerandos 3 a 9 que se eliminan.

Y se tiene, en su lugar, además presente:

Primero: Que según se deduce de lo dispuesto en el artículo 20 de la Carta Fundamental, la denominada acción o recurso de protección requiere para su configuración la concurrencia copulativa de los siguientes presupuestos:

a) Una conducta -por acción u omisión- ilegal o arbitraria;

b) la afectación, expresada en privación, perturbación o amenaza, del legítimo ejercicio referido a determinados derechos esenciales garantizados en la misma Constitución y que se indican en el mencionado precepto;

c) relación de causalidad entre el comportamiento antijurídico y el agravio a la garantía constitucional; y

d) posibilidad del órgano jurisdiccional ante el cual se plantea de adoptar medidas de protección o cautela adecuadas, para resguardar el legítimo ejercicio del derecho afectado.

Segundo: Que la recurrente refiere que el acto ilegal y arbitrario se configura al señalarle a su parte que

S.I.N.C. (quien nació prematura de 7 meses) debe mantenerse en el recinto hospitalario, mientras que su madre debe retornar al C.D.P. de Arauco, agrega que la madre Lorenza Cayuhan ha solicitado verbalmente a Gendarmería que se le mantenga lo más cerca posible de su hija, de preferencia en el mismo recinto hospitalario donde se encuentra ésta, a efectos de amamantarla y cuidarla dentro del régimen que determinen los médicos. Al respecto, señala la recurrente que Gendarmería ha señalado que está dispuesto a permitir que Lorenza pueda cumplir su condena temporalmente en el recinto penitenciario El Manzano, pudiendo ser trasladada dos veces al día a la clínica para amamantar, decisión que estiman vulnera, restringe y amenaza los derechos a la vida, integridad física, psíquica e igualdad ante la ley de la niña S.

Tercero: Que según se desprende de la lectura de la acción constitucional intentada en estos autos, la medida cautelar impetrada por la parte recurrente para la salvaguarda de los derechos fundamentales de la niña S.I.N.C. tuvo por objeto que se ordenara a Gendarmería realizar todas las acciones necesarias para permitir que ésta pueda contar con el contacto físico, cuidados y amamantamiento de su madre Lorenza Cayuhan, de manera

permanente, de día y de noche, por el tiempo que sea necesario para su recuperación, en el establecimiento de salud en el que reciba atención médica, imputándose el tiempo que la madre permanezca en tal lugar a la condena que actualmente cumple.

Que con fecha 19 de octubre de 2016 se decretó orden de no innovar y se dispuso que Gendarmería deberá permitir el contacto físico, cuidados y amamantamiento de la menor S.I.N.C. de parte de su madre doña Lorenza Cayuhuán Llebul, día y noche, en el establecimiento hospitalario en que se encuentre la menor, durante el término de tres meses, sin perjuicio de lo cual, con informes médicos fundados, se pueda extender dicho plazo.

Cuarto: Que el informe suscrito por la médico Paulina Romagnoli Pfenniger, Director Médico de Clínica de la Mujer Sanatorio Alemán S.A. con fecha 2 de noviembre de 2016, da cuenta que Lorenza Cayuhan ha permanecido junto a su hija en el centro de salud referido, a dicha fecha - desde el punto de vista médico- la menor ha tenido una evolución favorable, siendo dada de alta el 2 de noviembre del año 2016. Agrega que S. no requiere cuidados permanentes, sino los propios de un recién nacido, precisando que siendo los establecimientos de salud lugares cuyo objetivo es dar

atención a personas en situación de enfermedad y mientras subsista ésta, la praxis médica advierte que no es aconsejable que un individuo sano y en reciente condición de alta permanezca hospitalizado en un recinto de esta naturaleza.

Que se acompañó el informe referido la Epicrisis Neonatología N°16305 correspondiente a S. donde se consigna que nació el 14 de octubre de 2016, con un peso de 1.900 gramos y talla de 43 cms., en tanto al momento del alta - 2 de noviembre de 2016- registraba un peso de 2.110 gramos y una talla de 44 cms.

Por su parte, de acuerdo lo informado por escrito con fecha 19 de enero del año en curso por Lorenza Cayuhan, su hija S. a dicha fecha registraba un peso de 5.370 gramos.

Quinto: Que la recurrente no desconoce que en la sección femenina del C.D.P. de Arauco se ejecutaron las obras necesarias para habilitar nuevas dependencias ampliando su capacidad para albergar a Lorenza Cayuhan y su hija S., trabajos que se encuentran terminados, contando el recinto referido con las instalaciones mínimas para recibirlas.

Sexto: Que en las circunstancias antes expuestas, teniendo en especial consideración que la niña S. sin

perjuicio que fue dada de alta hace más de 4 meses a la fecha ha permanecido junto a su madre Lorenza en el recinto asistencial; que al momento del alta había alcanzado el peso que le permitía prescindir de los cuidados permanentes propios de un recinto de salud, en tanto al 19 de enero del año en curso casi triplicaba el peso registrado al momento de su nacimiento y que el C.D.P. de Arauco cuenta con las instalaciones mínimas requeridas para recibir a Lorenza y a S., esta Corte no se encuentra actualmente en condiciones de adoptar las providencias que se han impetrado como necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección de la afectada en los términos que se contemplan en el artículo 20 de la Constitución Política y, por consiguiente, al no concurrir en la especie el presupuesto de procedencia de la acción de protección a que se aludió en el párrafo d) del fundamento primero, ella no podrá prosperar.

De conformidad asimismo con lo que disponen el artículo 20 de la Constitución Política de la República y el Auto Acordado de esta Corte Suprema sobre la materia, **se confirma** la sentencia apelada de catorce de febrero de dos mil diecisiete.

Regístrese y devuélvase.

Redacción a cargo del Ministro Sr. Muñoz.

Rol N° 6.961-2017.

Pronunciado por la Tercera Sala de esta Corte Suprema integrada por los Ministros Sr. Sergio Muñoz G., Sra. Rosa Egnem S., Sra. María Eugenia Sandoval G., Sr. Carlos Aránguiz Z., y Sr. Manuel Valderrama R. No firman, no obstante haber concurrido al acuerdo de la causa, los Ministros señor Muñoz y señora Sandoval por estar en comisión de servicios. Santiago, 10 de mayo de 2017.