

DERECHO ADMINISTRATIVO

Corte Suprema

Sánchez Pavanello, Humberto con Fisco de Chile

19 de junio de 2013

RECURSO PLANTEADO: *Recurso de casación en el fondo.*

DOCTRINA: *No puede atribuirse una falta o un defecto en el funcionamiento del Servicio Nacional de Menores cuando no existe ningún deber legal por él incumplido que diga relación con el fallecimiento de la hija del actor acaecido en una institución colaboradora puesto que dicha situación que sufrió la víctima tuvo como única causa el hecho consistente en que dependientes del Hogar Mi Familia no adoptaron las medidas para que la menor recibiera atención médica en forma oportuna. Así, no se ha logrado demostrar que el Estado de Chile haya incurrido en responsabilidad por falta de servicio, como quiera que no hay mal funcionamiento del Servicio, un funcionamiento tardío o el no funcionamiento del mismo.*

Santiago, diecinueve de junio de dos mil trece.

Vistos:

En estos autos Rol N° 2305-2008 seguidos ante el Segundo Juzgado Civil de Valparaíso, por sentencia de veintiséis de mayo de dos mil diez, escrita a fojas 392, se rechazó la demanda interpuesta por Humberto Sánchez Panavello en contra del Fisco de Chile.

Conociendo del recurso de apelación deducido por el demandante, la Corte de Apelaciones de Valparaíso revocó el fallo de primera instancia y en su lugar acogió la demanda en cuanto condenó al Fisco de Chile al pago de la suma de \$90.000.000 por indemnización de perjuicios a título de daño moral que sufriera el actor con motivo del fallecimiento de su hija.

En contra de esta decisión el Fisco de Chile interpuso recurso de casación en el fondo.

La demanda fue presentada por Humberto Sánchez Panavello en contra del Fisco de Chile a fin de que sea condenado al pago de la indemnización de perjuicios por haber incurrido el Servicio Nacional de Menores en falta de servicio. En síntesis, la acción se fundamenta en los siguientes antecedentes:

- 1.- Es padre de la menor Leidi Sánchez González, quien nació el 17 de febrero de 2003 y falleció el día 2 de diciembre de 2004. La menor nació de su unión matrimonial con Johanna González, quien sufrió una depresión post parto, lo cual motivó la intervención del Tercer Juzgado de Menores de Valparaíso, el cual decretó el cuidado provisorio de la menor a cargo del Servicio Nacional de Menores, órgano que la derivó al Hogar “Mi Familia” ubicado en Viña del Mar, establecimiento colaborador del Sename. En esos autos consta que solicitó el cuidado personal de la menor.
- 2.- El día 2 de diciembre de 2004, aproximadamente a las 15:00 horas, su hija se encontraba en la sala cuna del Hogar, momento en el que ingresaron dos asistentes de párvulos para dar mamadera a las menores, encontrando a su hija sentada en su cuna, la que rechazaba la leche. Incluso señalaron las asistentes a la Brigada de Investigaciones que la menor no quiso almorzar, ni tomar la leche y que quedaron preocupadas.
- 3.- Alrededor de una hora después la manipuladora de alimentos Maribel Barra señaló que algo le pasaba a la menor, concurriendo las asistentes de párvulos, llamaron a Emecar, cuyo personal realizó infructuosos esfuerzos de reanimación.

- 4.- La Policía de Investigaciones señaló como posible causa de la muerte de la menor una asfixia; a su vez, el Ministerio Público concluye en base al informe médico legista que la menor murió por una neumonitis viral en evolución, mientras que el protocolo de autopsia indica que la causa precisa y necesaria de la muerte es signología asfíctica.
- 5.- El fallecimiento de la menor se produjo por la irresponsabilidad, negligencia, desidia y la ausencia del más mínimo cuidado y falta de preparación y organización tanto del Servicio Nacional de Menores como también del personal del Hogar Mi Familia, puesto que Leidi Sánchez tuvo todos los síntomas que el observador más desaprensivo hubiese podido percibir, esto es, fiebre alta dos días seguidos antes de su fallecimiento, además de falta de apetito, todo lo cual al menos exigía que se consultara a un paramédico. Por otra parte, reclama que el personal del Hogar Mi Familia estaba compuesto por personas que no tenían ninguna preparación ni calificación y el Servicio Nacional de Menores no realizó ningún control o exigencia respecto de ello, tampoco exigió que se contara con la asesoría de médicos o paramédicos a quienes consultar en caso de emergencia.
- 6.- Basó la demanda en lo dispuesto en los artículos 1° inciso 4° y 19 números 1 y 9 de la Constitución Política, 2314 y 2320 del Código Civil y 4 y 42 de la Ley N° 18.575.

Se trajeron los autos en relación.

Considerando:

Primero: Que, en primer término, el recurso de casación en el fondo denuncia que la sentencia impugnada infringió lo dispuesto en los artículos 1° incisos 2° y 4° de la Ley N° 18.575, puesto que se consideró que las entidades colaboradoras del Servicio Nacional de Menores tienen el carácter de una “prolongación del Sename”, que actúan bajo su responsabilidad y financiamiento, lo que significa que dicho Servicio responde no sólo por la falta de servicio de sus dependientes directos, sino

también de aquellos que por delegación y reconocimiento legal cumplen con los fines que la ley le ha encomendado. Expresa que se transgrede lo establecido en el artículo 1° inciso segundo de la Ley N° 18.575, que señala que la Administración del Estado está integrada por las entidades que se enumeran, sin incluir a las entidades privadas colaboradoras del Sename. Destaca que el Hogar Mi Familia está reconocido como institución colaboradora de las funciones del Sename, pero es una entidad privada, con personalidad jurídica y patrimonio propio distinto del Fisco de Chile. Agrega que los sentenciadores infringieron el artículo 4 de la Ley N° 18.575 que establece el principio de la responsabilidad del Estado y que presupone estar en presencia de un daño causado por un “órgano de la Administración en el ejercicio de sus funciones”, circunstancia que no aconteció en el caso de autos.

Segundo: Que en segundo lugar el recurso da por infringido el artículo 42 inciso primero de la Ley N° 18.575 en relación con los artículos 1437 y 2284 del Código Civil y artículo 3 N° 8 del D.L. N° 2465 que creó el Servicio Nacional de Menores y fijó el texto de su Ley Orgánica. Expresa que cuando la ley reduce la actividad prestacional directa del Estado, limitándola a un rol regulador y fiscalizador, sucede que las actividades que antes eran ejercidas directamente por el Estado pasan a ser realizadas por entidades privadas, quienes a su vez asumen las responsabilidades propias de dicha función, mientras que el Estado sólo responde por falta de servicio ante la falta de vigilancia adecuada de las actividades encomendadas y que realizan las entidades privadas. Afirma que en concordancia con lo expuesto el fallo cuestionado contraviene lo dispuesto en el artículo 3 N° 8 del D.L. N° 2465 que enumera cuáles son las obligaciones que por ley le competen a dicho Servicio, entre las cuales se establece que en relación con las instituciones o entidades colaboradoras le corresponde impartir instrucciones generales sobre asistencia y protección de menores a sus entidades coadyuvantes y supervigilar su cumplimiento. Desarrolla el argumento consistente en que el Estado no incurrió en falta de servicio porque no hay conducta antijurídica, toda vez que el Servicio Nacional de Menores impartió las instrucciones y fiscalizó al Hogar Mi Familia, como por lo demás aparece en la sentencia que determina que todas las actuaciones u omisiones que se reprochan son imputables exclusivamente al Hogar. Por la misma

razón señala que no concurren los requisitos de dolo o culpa del servicio, relación de causalidad ni un daño atribuible a la conducta del Sename.

Tercero: Que, por último, el recurso aduce que el fallo impugnado transgredió lo prescrito en los artículos 1700 y 1702 del Código Civil en relación con lo dispuesto en el artículo 346 N° 1 del Código de Procedimiento Civil, puesto que se desconoció el valor probatorio de la prueba documental presentada por el Fisco de Chile que acredita el cumplimiento de la obligación de fiscalización e instrucción del Sename en relación con el Hogar Mi Familia. Especifica que los documentos que prueban lo indicado son: a) Orientaciones Técnicas para Centros de Tránsito y Distribución de lactantes y preescolares; b) Protocolo de funcionamiento del CDT Mi Familia del año 2004; c) Proyecto de funcionamiento del CDT Mi Familia año 2005; d) Tableros de control complementario al año 2005; y e) Informe Técnico elaborado por don Luis Rojas.

Cuarto: Que es necesario consignar que son hechos establecidos en la causa los siguientes:

- El 17 de febrero de 2003 nació la menor Leidi Johanna Sánchez González, siendo sus padres Humberto Sánchez Panavello y Johanna González Guerra.

- Por orden del Tercer Juzgado de Menores de Valparaíso en causa rol N° 1725-2003 seguida por peligro moral y material se ordenó el ingreso de la menor al Hogar Mi Familia, el que se encontraba autorizado para actuar como colaborador o coadyuvante del Servicio Nacional de Menores desde el año 1994.

-El Hogar referido debía remitir informes mensuales respecto del estado de la menor al Juzgado referido.

-El día 2 de diciembre de 2004 la menor no recibió su almuerzo y luego se rehusó a tomar su mamadera. Alrededor de las 15.00 horas la manipuladora de alimentos Maribel Barra encontró a la menor sin movimiento. Ante ello, las auxiliares del Hogar llamaron a Emecar, no obstante al llegar el personal de rescate la menor había fallecido.

- El Juzgado de Garantía de Viña del Mar aprobó la decisión de no investigar ejercida por el Ministerio Público, por no ser los hechos constitutivos de delito.

- El resultado de la autopsia realizada a la menor señaló como causa de su muerte una “neumonitis viral en evolución”.

Quinto: Que es relevante señalar que el fallo de primera instancia –revocado por el de segundo grado– para desestimar la demanda tuvo en consideración los siguientes razonamientos:

- El artículo 1° del D.L. N° 2.475, Ley Orgánica del Servicio Nacional de Menores, señala que éste es un organismo dependiente del Ministerio de Justicia, encargado de ejecutar las acciones que sean necesarias para asistir o proteger a los menores de que trata la ley, y de estimular, orientar, coordinar y coadyuvar con sus funciones. Se define a las entidades coadyuvantes como todas aquellas que, reconocidas o no como colaboradoras, según lo dispuesto en el artículo 13, presten asistencia o protección a los menores de que trata esa ley. Respecto de esas entidades el artículo 3° N° 8 del mismo cuerpo legal prescribe que el Servicio Nacional de Menores tiene la obligación de impartir instrucciones generales sobre asistencia y protección de menores a las entidades coadyuvantes y supervigilar su cumplimiento.

- Fluye que para que el Servicio Nacional de Menores incurra en falta de servicio era necesario que hubiera dejado de impartir instrucciones al Hogar Mi Familia sobre cómo asistir y proteger a los menores que son derivados a él, o su deber de supervigilar el cumplimiento de tales instrucciones.

- No se ha logrado acreditar ninguna de las circunstancias anotadas y, por el contrario, el Fisco ha logrado acreditar que impartió instrucciones al Hogar en orden a la forma en que debía asistir y proteger a los menores derivados a éste y a la fiscalización de su cumplimiento.

- No obstante haberse acreditado, además, con el mérito de la investigación penal, que existió una omisión en el libro de bitácora en

que se debía consignar en forma diaria el estado de la menor por parte del personal del Hogar, en cuanto no se dejó constancia de que ésta había presentado un estado febril dos días antes de su fallecimiento, libro que no obstante haberse requerido reiteradamente no fue remitido al Tribunal por el Hogar y que ello constituye una negligencia grave que pudo haber motivado la toma de una decisión y desenlace diverso en torno a la salud de la menor, lo cierto es que ello no puede ser atribuido a una falta de instrucciones o fiscalización del Servicio Nacional de Menores.

-El Hogar Mi Familia no ha sido sujeto pasivo de la acción.

Sexto: Que, por el contrario, la Corte de Apelaciones de Valparaíso determinó acoger la demanda de autos, para lo cual tuvo en consideración:

-La hija del demandante, de un año y nueve meses de edad, se encontraba internada en el Hogar Mi Familia por orden del Tercer Juzgado de Menores, menor que falleció el 2 de diciembre de 2004 por asfixia a consecuencia de una neumonitis viral, sin que en el Hogar se hubiese adoptado ninguna medida para que recibiera oportuna atención médica, no obstante que se había negado ese día a recibir alimentos y que hacía dos días que estaba con 38,5° de temperatura.

-Estos hechos se dieron por establecidos en el fallo de primera instancia, con excepción de la circunstancia de haber tenido la niña los dos últimos días 38,5° de temperatura y de no haber recibido atención médica ese día 2 de diciembre en que falleciera.

-El Servicio Nacional de Menores es un órgano de la Administración del Estado que depende del Ministerio de Justicia, al cual le corresponde ejecutar las acciones necesarias para asistir o proteger a los menores de que trata la ley. Sin embargo, el referido Servicio no cumple por sí mismo todas las funciones que le encomienda la ley y es así que tiene “entidades coadyuvantes”, reconocidas y definidas también en su Ley Orgánica, respecto de las cuales tiene el deber de impartir instrucciones, de asistir y proteger a los menores que son atendidos por estos coadyuvantes y de supervigilar el cumplimiento de tales instrucciones.

-Al ser estas instituciones coadyuvantes una prolongación del Sename, o, lo que es lo mismo, entidades que bajo su responsabilidad y con financiamiento fiscal le ayudan a cumplir sus fines, éste debe responder no tan sólo por la falta de servicio de sus dependientes directos sino también de aquellos que, por delegación y reconocimiento legal, cumplen con los fines que la ley le ha encomendado específicamente.

-La organización comunitaria “Mi Familia” fue reconocida como institución colaboradora de las funciones de Sename para realizar acciones de asistencia y protección a favor de los menores en situación irregular en la comuna de Viña del Mar. En consecuencia, la institución demandada resulta responsable no solamente de la falta de servicio y del actuar negligente e inoportuno de sus dependientes directos, sino que, además, de la de aquellos de las entidades coadyuvantes, como lo es el Hogar Mi Familia, en que se encontraba internada la menor.

-No obsta a la precedente conclusión la circunstancia acreditada en el sentido que el Servicio Nacional de Menores cumplió con sus deberes de impartir instrucciones y de haber fiscalizado el cumplimiento de las mismas, si tales medidas no funcionaron ni fueron suficientes ante el actuar descuidado de quienes tenían a su cargo a la menor.

-El hecho de haber existido un convenio con Emecar y el haberse encontrado el Hogar a poca distancia de un centro asistencial hace más patente la negligencia de sus dependientes, puesto que habiendo tenido a su disposición todos los medios para haber otorgado oportuna atención médica a la menor, no hicieron uso de los mismos, no obstante que ésta había tenido fiebre por dos días y rechazaba la alimentación.

-Si la menor hubiese tenido oportuna atención médica habría podido vivir. Vale decir, existió relación de causalidad entre el actuar negligente o la falta de servicio de los dependientes que tenían a su cargo a la menor y su fallecimiento. En la actualidad resulta indiscutible que si un menor de dos años se mantiene en estado febril y rechaza la alimentación debe consultarse a un médico. También es un hecho público que las enfermedades respiratorias no son mortales en un menor, si oportunamente se le suministran los antibióticos que prescriben los

médicos o se le somete a los procedimientos que realizan los kinesiólogos o, por último, se le proporciona oxígeno.

-Habiéndose establecido la responsabilidad del Servicio Nacional de Menores por la negligencia o falta de servicio de sus dependientes, como asimismo que tal negligencia o falta de servicio se produjo por parte de quienes tenían a su cargo a la menor y que entre ese actuar o falta de servicio y el deceso de la menor existió una relación de causa a efecto, se concluye que el demandado debe indemnizar por los daños derivados de tales conductas, sin perjuicio de su derecho a repetir en contra de quienes actuaron negligentemente.

Séptimo: Que, en lo fundamental, la falta de servicio es el factor de atribución general de la responsabilidad patrimonial de la Administración, vale decir el fundamento jurídico en cuya virtud los costos de los daños sufridos por un particular son asumidos por aquélla, conforme disponen los artículos 42 de la Ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, 142 de la Ley N° 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades y 38 de la Ley N° 19.966, sobre Garantías Explícitas en Salud.

Para su procedencia es necesario que se acredite por quien la alega el mal funcionamiento del servicio, el funcionamiento tardío o el no funcionamiento del mismo; que esta omisión o acción defectuosa haya provocado un daño al administrado; y, en fin, que la falla en la actividad del ente administrativo haya sido la causa del daño experimentado, todo por disponerlo así la ley y, en este caso, el artículo 42 de la Ley de Bases de la Administración del Estado.

Octavo: Que en la perspectiva de lo anterior y atendida la cuestión jurídica esencial sometida a conocimiento por el recurso en estudio, es necesario dilucidar si existe falta de servicio del Servicio Nacional de Menores y si entre el comportamiento de dicho ente y los perjuicios sufridos por el demandante existe vínculo causal, teniendo en consideración que son hechos establecidos los siguientes: a) Que dependientes del Hogar Mi Familia no adoptaron las medidas destinadas a que la menor Leidi Sánchez recibiera oportuna atención médica, atendidos los síntomas que

presentaba; b) que el Hogar Mi Familia es una entidad privada, reconocida como colaboradora del Servicio Nacional de Menores; y c) que el referido Servicio cumplió con sus deberes de impartir instrucciones y de haber fiscalizado el cumplimiento de las mismas. Por consiguiente, el asunto consiste específicamente en determinar si existe responsabilidad por falta de servicio respecto del aludido Servicio en circunstancias que los hechos dañosos fueron cometidos por dependientes de una institución colaboradora de éste.

Noveno: Que el Decreto Ley N° 2.465 de 1979, Ley Orgánica del Servicio Nacional de Menores, vigente al tiempo de ocurridos los hechos, en su artículo 1° encarga a dicho Servicio ejecutar las acciones que sean necesarias para asistir o proteger a los menores de que trata esa ley y estimular, orientar, coordinar y supervisar técnicamente la labor que desarrollen las entidades públicas o privadas que coadyuven con sus funciones. Declara que se entiende por entidades coadyuvantes a todas aquellas que, reconocidas o no como colaboradoras según lo dispuesto en el artículo 13, presten asistencia o protección a los menores de que trata dicha ley. Su artículo 2° dispone que el Servicio atenderá a menores que carezcan de tuición o que, teniéndola, su ejercicio constituya un peligro para su desarrollo normal integral; a los que presenten desajustes conductuales y a los que estén en conflicto con la justicia. El artículo 3° señala que, en especial, al Servicio Nacional de Menores corresponderá: N° 8.- Impartir instrucciones generales sobre asistencia y protección de menores a las entidades coadyuvantes al cumplimiento de los objetivos del Servicio; en el N° 10: Asumir la administración provisional de las instituciones reconocidas como colaboradoras, cuando lo autorice el respectivo Juez de Menores. El artículo 13 establece que el Servicio podrá reconocer como colaboradoras de sus funciones a las instituciones privadas que presten asistencia o protección gratuita a los menores de que trata esa ley, siempre que ellas cumplan con los requisitos establecidos en el reglamento respectivo. Añade que las instituciones públicas que se encuentren en el mismo caso no requerirán de dicho reconocimiento. El artículo 15 manifiesta que las entidades coadyuvantes, y en especial las reconocidas como colaboradoras, deberán cumplir las normas o instrucciones generales que, de acuerdo con esa ley, les imparta el Servicio; asimismo, deberán proporcionar la información que éste les

requiera y permitir la supervisión técnica de las acciones relacionadas con los menores a quienes asisten y de sus establecimientos. El artículo 18, por su parte, señala que, en los convenios que el Servicio celebre con las instituciones reconocidas como colaboradoras, se deberá establecer a lo menos la ayuda técnica, material y financiera que aquél proporcione a dichas instituciones y el compromiso de éstas en orden a ejecutar las acciones que el Servicio les señale y a recibir o atender a un determinado número de menores que les envíe.

Décimo: Que el Decreto Ley N° 2.465 fue modificado el año 2005 –con posterioridad a los hechos materia de autos– por la Ley N° 20.032 que establece un nuevo sistema de atención a la niñez y adolescencia a través de la red de colaboradores del Sename y su régimen de subvención. La lectura de los cambios de las disposiciones y la historia de dicha ley confirma que la decisión del legislador antes y después de las modificaciones ha sido que el Servicio Nacional de Menores respecto de las entidades colaboradoras sólo tiene un rol de supervisor o fiscalizador y una función en materia de asignación de recursos. Por lo tanto, no corresponde que dicho organismo responda civilmente por los hechos dañosos causados por dependientes de estas instituciones, si ha cumplido los deberes de impartir instrucciones y de supervisión. En efecto, el Mensaje de la ley señala que para la gestión del nuevo modelo de atención de SENAME el proyecto de ley perfecciona tanto la estrategia de desarrollo de la red de colaboradores que proveen los servicios subvencionados, como los sistemas de financiamiento y de evaluación al desempeño de los mismos.

En la intervención de la Presidenta de la Federación Nacional de Instituciones Privadas de Protección de Menores, doña Alicia Amunátegui Ross (en la página 228 de la Historia de la Ley, en www.bcn.cl), se lee: “Hizo notar que, luego de varios años de tramitación, se hace absolutamente necesario que la iniciativa sea aprobada lo más pronto posible. Mejora en forma apreciable el proyecto presentado para su discusión en 1996, si bien puede ser discriminatorio y habría preferido un estatuto donde fuera de la esencia la subsidiariedad del Estado, en la línea del actual decreto con fuerza de ley N° 1.385, de 1980, que regula la labor a desarrollar por estas instituciones. Ello es sin perjuicio de que la

subvención que regulaba ese decreto con fuerza de ley se congeló en 1982, año desde el cual solamente se ha producido un incremento de acuerdo a la variación que experimenta el índice de precios al consumidor, IPC. Este hecho representa para las instituciones colaboradoras –sobre todo para las congregaciones religiosas– un problema de la mayor gravedad, ya que han tenido que aportar mucha infraestructura y patrimonio para cumplir satisfactoriamente con su función asistencial. Las congregaciones se entregan al servicio de los niños de la mejor forma posible, que quizás no sea la más moderna ni tampoco la que se quisiera realizar, pero es la única que pueden efectuar de acuerdo a los recursos disponibles”.

Confirma la conclusión de que el Servicio Nacional de Menores no responde por los hechos cometidos por las instituciones reconocidas como colaboradoras la discusión relativa a la sustitución del artículo 3° número 10° del citado decreto ley, que atribuye al SENAME la facultad de asumir la administración provisional de las instituciones reconocidas como colaboradoras cuando lo autorice el respectivo juez de menores, por “los centros residenciales administrados por un colaborador del Servicio”, dejándose constancia que es con el claro propósito de restringir dicha facultad a determinados establecimientos dependientes de aquellas instituciones, y cuando se presentaren anomalías graves que afecten el funcionamiento de una institución o establecimiento, especialmente si ellas se traducen en situaciones de amenaza o vulneración a los derechos de los niños.

Más ilustrativa aún resulta la intervención de la Sra. Delia Del Gatto, Directora del Servicio Nacional de Menores (página 306), quien explica cuál es la razón de que dicho Servicio tenga sólo una labor de supervisor y de asignación de recursos: “Señor Presidente, en referencia a lo planteado por el Honorable señor Ávila, debo puntualizar que hoy el rol del Estado es eminentemente subsidiario. En ese sentido, el proyecto no cambia lo aprobado en la Ley de Subvenciones, de 1979, y lo que hace es perfeccionar el mecanismo mediante el cual se asignan los recursos. Ahora, ¿qué ventajas tiene eso? En mi concepto, varias. Primero, permite usar los recursos públicos y aplicar un control directo por parte de una entidad del Estado. En este caso, el SENAME supervigila la ejecución de los proyectos, el gasto, cómo se procede y, a la vez, cuáles son las

orientaciones técnicas que deben tenerse en cuenta al momento de llevarlos a cabo. Por otra parte, al comparar la administración directa del Estado, que se realiza en una pequeña parte del SENAME a través de los Centros de Diagnósticos –los costos asociados a su ejecución en relación con la atención de cantidad de niños– versus la administración a través de privados, nos encontramos con la sorpresa de que en este último sistema los distintos organismos –sean ONG, fundaciones o corporaciones– tienen mayor capacidad que la que se logra en la administración directa. Por otro lado, en cuanto a los entes que ejecutan las labores, ellos no persiguen hacerse ricos con estas tareas. Porque uno de los requisitos para que sean parte de la red SENAME es que deben ser privados sin fines de lucro. Por consiguiente, los profesionales, los educadores y las distintas personas que ejecutan estas políticas reciben un honorario o un sueldo, según su modalidad de contratación, ajustado a su desempeño. En consecuencia, a diferencia de lo que se podría pensar, ni la organización privada ni los profesionales tienen el propósito de enriquecerse. En este sentido, la eventual preocupación de que haya organismos interesados en obtener ganancias a través de la ejecución de este tipo de políticas relacionadas con los niños se salva por el hecho de que está explícitamente planteado que deben ser instituciones sin fines de lucro. Hay otros argumentos que se pueden entregar desde un punto de vista técnico, que permiten tener, además, una oferta bastante diferenciada de especialistas en diagnósticos, en reparación de daños en niños maltratados, etcétera. En lo fundamental, desde la perspectiva del modelo de desarrollo del país y del Estado, objetivamente, las políticas que se ejecutan en esta área vienen desde 1979, lo que implica atender de manera subsidiaria a los niños a través de organismos privados que se acreditan oficialmente y que llevan a cabo las políticas correspondientes”. La misma Directora había explicado el diagnóstico de la situación: “Actualmente la red del SENAME atiende en forma simultánea a más de 65 mil niños y niñas, que representan el 2,1% de la población infantil (según el censo del año 2002) en sus tres áreas técnicas, a saber: 1) Adopción (niños/as susceptibles, familias adoptivas y madres/padres en conflicto con maternidad); 2) Protección (niños/as vulnerados en sus derechos), y 3) Responsabilidad Penal Juvenil (infractores de ley). Esta labor se desarrolla por medio de más de 900 centros y proyectos, de carácter residencial o ambulatorios, en diversas líneas programáticas, ejecutados

por: 1) Organismos Acreditados (sistema regido por el decreto con fuerza de ley N° 1.385 y por el decreto supremo N° 153 sobre Programa de Apoyo) que es materia de este proyecto, y 2) Centros de administración directa (sistema regido por la Ley Orgánica del SENAME, la Ley de Menores y el decreto supremo N° 730). De acuerdo a su ley orgánica, el SENAME sólo administra directamente los siguientes tipos de centros: a) Centros privativos de libertad (COD CERECO), y b) Centros de Diagnóstico residenciales de protección (CTD). En la actualidad, son 27 centros y se abocan esencialmente al cumplimiento de medidas penales contra menores de edad declarados inimputables. De los niños y niñas en el sistema, el 98% es atendido por la red privada de SENAME y sólo el 2% permanece en Centros administrados directamente por el Servicio. La mayoría de la oferta del SENAME es ambulatoria”.

Finalmente y en el mismo sentido interviene el Senador Silva (página 309): “Asimismo, llama la atención la observación hecha, con todo fundamento, por el Honorable señor Ávila al artículo 1°, donde en el fondo se está regulando un servicio público sin decir que él se crea para tal fin. Se regula un órgano cuya misión va a ser subvencionar a sus colaboradores. No deja de ser sorprendente lo anterior, porque, en realidad, lo que se ha querido establecer aquí es que la función propiamente tal no será servida en plenitud por el Estado, sino por los particulares, y como en el fondo aquella es pública, obviamente a éstos se les subvencionará. Llama la atención también el hecho de que aquí se está regulando un servicio para los efectos, simplemente, de que prime la misión de subvencionar. Es decir, se señala que es un servicio obviamente de condición pública, que se traspasa a los particulares. El Estado –por así mencionarlo– lo proyecta al campo de lo privado. Entonces, el servicio público no va a tener otra misión que la de ser el regulador de la forma como la subvención o pago se hará a los particulares” (...) “Por lo tanto, nos encontramos en presencia de un proyecto que regula una materia que, a mi manera de ver, no es nueva. Si bien se está llegando con ello a la exageración de establecer de un modo muy amplio la proyección o el traslado en plenitud al campo privado de algo que debió haber correspondido al Estado, creo que uno tiene el legítimo derecho, como

lo hizo el señor Senador a que he aludido, a meditar acerca de si tal procedimiento es o no conveniente”.

Undécimo: Que de las motivaciones anteriores puede colegirse que resulta efectiva la aseveración que el recurrente ha hecho respecto al fallo impugnado, puesto que la posibilidad de que el Servicio Nacional de Menores pudiera intervenir en el funcionamiento de la entidad colaboradora se limitaba a la de ejercer la facultad de impartir instrucciones y de supervisarla y no a la de administración. Por consiguiente, no puede atribuirse una falta o un defecto en el funcionamiento del servicio cuando no existe ningún deber legal incumplido por parte del Servicio Nacional de Menores que diga relación con el fallecimiento de la hija del actor acaecido en una institución colaboradora, puesto que dicha situación que sufrió la víctima tuvo como única causa el hecho consistente en que dependientes del Hogar Mi Familia no adoptaron las medidas para que la menor recibiera atención médica en forma oportuna.

Duodécimo: Que lo expresado significa que no se ha logrado demostrar que el Estado de Chile haya incurrido en responsabilidad por falta de servicio, como quiera que no hay mal funcionamiento del servicio, un funcionamiento tardío o el no funcionamiento del mismo. De este modo la sentencia impugnada ha incurrido en error de derecho al aplicar las normas que regulan la responsabilidad por falta de servicio, a saber, el artículo 42 de la Ley N° 18.575 a una situación que conforme a los hechos de la causa no corresponde, en relación con el artículo 3° del D.L. N° 2465 que establece los deberes del Servicio Nacional de Menores respecto de las instituciones colaboradoras, atribuyéndole el incumplimiento de un deber que no recae sobre el referido organismo, todo lo cual conduce a acoger el recurso en estudio.

Por estas consideraciones y lo dispuesto en los artículos 764, 765, 767 y 805 del Código de Procedimiento Civil, **se acoge** el recurso de casación en el fondo deducido en lo principal de fojas 529 en contra de la sentencia de cinco de abril de dos mil doce, escrita a fojas 524, la que por consiguiente es nula y se la reemplaza por la que se dicta a continuación.

Regístrese.

Redacción a cargo del Ministro señor Carreño.

Rol N° 3848-2012.-

Pronunciado por la Tercera Sala de esta Corte Suprema integrada por los Ministros Sr. Héctor Carreño S., Sr. Lamberto Cisternas R., el Ministro Suplente Sr. Alfredo Pfeiffer R., y los Abogados Integrantes Sr. Alfredo Prieto B., y Sr. Ricardo Peralta V. No firman, no obstante haber concurrido a la vista y al acuerdo de la causa, el Ministro señor Cisternas por estar con feriado legal y el Ministro señor Pfeiffer por haber terminado su periodo de suplencia. Santiago, 19 de junio de 2013.

Autoriza la Ministra de Fe de la Excma. Corte Suprema.

Diecinueve de junio de dos mil trece, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente.

Santiago, diecinueve de junio de dos mil trece.

En cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 785 del Código de Procedimiento Civil, se dicta la siguiente sentencia de reemplazo.

Vistos:

De la sentencia de casación que antecede se reproducen sus fundamentos cuarto al duodécimo.

Se reproduce la sentencia en alzada.

Y se tiene además presente:

Primero: Que la demanda fue presentada por Humberto Sánchez Panavello en contra del Fisco de Chile a fin de que sea condenado al pago de una indemnización de perjuicios por haber incurrido en falta de servicio. En síntesis, la acción se fundamenta en los siguientes antecedentes:

- 1.- Es padre de la menor Leidi Sánchez González, quien nació el 17 de febrero de 2003 y falleció el día 2 de diciembre de 2004. La menor nació luego de su unión matrimonial con Johanna González, quien sufrió una depresión post parto, lo cual motivó la intervención del Tercer Juzgado de Menores de Valparaíso, el cual decretó el cuidado provisorio de la menor a cargo del Servicio Nacional de Menores, órgano que la derivó al Hogar “Mi Familia” ubicado en Viña del Mar, establecimiento colaborador del Sename. En esos autos consta que él solicitó el cuidado personal de la menor, para criarla junto a sus hermanos.
- 2.- El día 2 de diciembre de 2004, aproximadamente a las 15:00 horas, su hija se encontraba en la sala cuna del Hogar, momento en el que ingresaron dos asistentes de párvulos para dar mamadera a las menores, encontrando a su hija sentada en su cuna, la que rechazaba la leche. Incluso señalaron las asistentes a la Brigada de Investigaciones que la menor no quiso almorzar ni tomar la leche y que quedaron preocupadas por tal motivo, pero que no adoptaron medida alguna.
- 3.- Alrededor de una hora después la manipuladora de alimentos Maribel Barra salió corriendo de la sala cuna, señalando que algo le pasaba a la menor, concurriendo las asistentes de párvulos, quienes llamaron a Emecar, cuyo personal al llegar realizó infructuosos esfuerzos de reanimación.
- 4.- La Policía de Investigaciones señaló como posible causa de la muerte de la menor una asfixia; a su vez, el Ministerio Público concluye fundado en el informe médico legista que la menor murió

por una neumonitis viral en evolución, mientras que el protocolo de autopsia indica que la causa precisa y necesaria de la muerte es signología asfíctica.

- 5.- El fallecimiento de la menor se produjo por la irresponsabilidad, negligencia, desidia y la ausencia del más mínimo cuidado y falta de preparación y organización tanto del Servicio Nacional de Menores como también del personal del Hogar Mi Familia, puesto que Leidi Sánchez tuvo todos los síntomas que el observador más desaprensivo hubiese podido percibir, esto es, fiebre alta dos días seguidos antes de su fallecimiento, dato que fue omitido por la Directora del hogar y sus funcionarios en sus respectivas declaraciones, además de falta de apetito, todo lo cual al menos exigía que se consultara a un paramédico. Por otra parte, reclama que el personal del Hogar Mi Familia estaba compuesto por personas que no tenían ninguna preparación ni calificación y el Servicio Nacional de Menores no realizó ningún control o exigencia sobre aquello.
- 6.- Basó la demanda en lo dispuesto en los artículos 1° inciso 4° y 19 números 1 y 9 de la Constitución Política, 2314 y 2320 del Código Civil y 4 y 42 de la Ley N° 18.575.

Segundo: Que conforme a los razonamientos del fallo de casación que antecede y a los expresados por el fallo de primera instancia que se han dado por reproducidos, la omisión que se atribuye al Servicio Nacional de Menores no es constitutiva de falta de servicio, por cuanto el legislador hizo recaer en dicho organismo los deberes de impartir instrucciones y de fiscalizar a las entidades colaboradoras, como el Hogar Mi Familia. Es un hecho de la causa que cumplió con esas obligaciones. Por otra parte, la decisión legislativa fue la de traspasar la función de atención directa de cuidado y protección de los menores en situación de riesgo a las entidades fiscalizadas por el SENAME, salvo situaciones de excepción. Por consiguiente el organismo estatal no cuenta con facultades de administración de las entidades colaboradoras, de manera que no es posible atribuirle responsabilidad por hechos causados por los dependientes del Hogar Mi Familia.

En esas condiciones, no se ha logrado demostrar que el Servicio demandado incurrió en responsabilidad por falta de servicio.

Tercero: Que en virtud de las motivaciones antedichas, la demanda interpuesta será desestimada.

Por estas consideraciones y lo dispuesto en los artículos 186 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, **se confirma** la sentencia apelada de veintiséis de mayo de dos mil diez, escrita a fojas 392.

Regístrese y devuélvase con sus agregados.

Redacción a cargo del Ministro señor Carreño.

Rol N° 3848-2012.-

Pronunciado por la Tercera Sala de esta Corte Suprema integrada por los Ministros Sr. Héctor Carreño S., Sr. Lamberto Cisternas R., el Ministro Suplente Sr. Alfredo Pfeiffer R., y los Abogados Integrantes Sr. Alfredo Prieto B., y Sr. Ricardo Peralta V. No firman, no obstante haber concurrido a la vista y al acuerdo de la causa, el Ministro señor Cisternas por estar con feriado legal y el Ministro señor Pfeiffer por haber terminado su periodo de suplencia. Santiago, 19 de junio de 2013.

Autoriza la Ministra de Fe de la Excma. Corte Suprema.

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

