Oficio N° 85 -2014

INFORME PROYECTO DE LEY 18-2014

Antecedente: Boletín N° 9432-18.

Santiago, 1 de septiembre de 2014.

Por Oficio N° 11.361, de 8 de julio del actual, el señor Presidente de la H. Cámara de Diputados ha recabado, al tenor de lo dispuesto en los artículos 77 de la Constitución Política de la República y 16 de la ley N° 18.918, Orgánica Constitucional del Congreso Nacional, la opinión de esta Corte Suprema respecto del proyecto de ley que modifica la Ley N° 19.968 que crea los Tribunales de Familia, con el objetivo de otorgar competencia a dichos juzgados para conocer de causas relativas a la internación de adultos mayores en establecimientos de larga estadía, proponiéndose al efecto una modificación al artículo 8° de la citada ley, incluyéndose un nuevo numeral (Boletín 9.431-18).

Impuesto el Tribunal Pleno del proyecto en sesión del día 29 de agosto recién pasado, presidida por el suscrito y con la asistencia de los Ministros señores Milton Juica Arancibia, Nibaldo Segura Peña, Rubén Ballesteros Cárcamo, Hugo Dolmestch Urra, Pedro Pierry Arrau y Guillermo Silva Gundelach, señoras Rosa María Maggi Ducomunn, Rosa Egnem Saldías y María Eugenia Sandoval Gouét y Gloria Ana Chevesich Ruiz, señores Carlos Aránguiz Zúñiga Carlos Cerda Fernández, acordó informarlo al tenor de la resolución que se transcribe a continuación:

AL SEÑOR PRESIDENTE

ALDO CORNEJO GONZÁLEZ

H. CÁMARA DE DIPUTADOS

VALPARAÍSO

"Santiago, veintinueve de agosto de dos mil catorce.

Visto y teniendo presente:

Primero: Que mediante Oficio N° 11.361, de 8 de julio del actual, el señor Presidente de la H. Cámara de Diputados ha recabado, al tenor de lo dispuesto en los artículos 77 de la Constitución Política de la República y 16 de la ley N° 18.918, Orgánica Constitucional del Congreso Nacional, la opinión de esta Corte Suprema respecto del proyecto de ley que modifica la Ley N° 19.968 que crea los Tribunales de Familia, con el objetivo de otorgar competencia a dichos juzgados para conocer de causas relativas a la internación de adultos mayores en establecimientos de larga estadía, proponiéndose al efecto una modificación al artículo 8° de la citada ley, incluyéndose un nuevo numeral (Boletín 9.431-18).

El proyecto de ley que se somete a la consideración de esta Corte, no tiene asignada urgencia para su discusión;

Segundo: Que de acuerdo a lo consignado en la moción, la iniciativa legal tiene por objeto implementar un procedimiento de carácter judicial, tendiente a la protección de los derechos e intereses de los adultos mayores, fundamentalmente cuando se encuentran en estado de indefensión o anomalía de carácter físico o mental.

En tal contexto, se señala por los autores de la moción que la internación del adulto mayor en los *Establecimientos de Larga Estadía para Adultos Mayores* -en adelante ELEAM-, no lo hace perder su capacidad para contratar, por lo que le corresponde a él consentir su ingreso al establecimiento, así como celebrar el contrato respectivo.

De acuerdo a lo expresado en la moción, los *Establecimientos de Larga Estadía para Adultos Mayores,* son aquellos en los que residen personas mayores de sesenta años que por motivos biológicos, psicológicos o sociales, requieren de un medio ambiente protegido y de cuidados diferenciados que allí reciben, con el objeto de proteger y mantener su salud, mantener y estimular su funcionalidad y reforzar sus capacidades.

En virtud de lo anterior, se considera que la legislación nacional debe exigir la intervención judicial en los casos en que el adulto mayor presente algún tipo de incapacidad o discapacidad o bien se oponga a su internación, salvo que medie una autorización judicial que así lo ordene.

Finalmente, se indica que el proyecto de ley constituye un paso adelante, en cuanto a concederle a este sector de la población mayores espacios de dignidad y respeto a su condición, mediante la consagración de un procedimiento llevado a cabo ante los Juzgados de Familia competentes de carácter breve y sin mayores dilaciones;

Tercero: Que el proyecto consta de 1 artículo, cuyo tenor es el siguiente:

"Artículo 1: Agréguese al artículo 8° de la Ley N° 19.968 que crea los Tribunales de Familia, el siguiente numeral 17 nuevo, pasando el actual a ser 18: 17) Las causas relativas a la internación geriátrica de adultos mayores en Establecimientos de Larga Estadía, cuando estos se opongan a ello o se encuentren en estado de indefensión o presenten una anomalía de carácter físico o mental que les impida manifestar su voluntad. En este último caso, la solicitud podrá ser interpuesta por cualquier persona interesada.

Estas causas se tramitarán de acuerdo a lo establecido en el artículo 102 de la ley 19.968, que crea los Tribunales de Familia";

Cuarto: Que como observación preliminar es necesario consignar que, en la actualidad, la internación de cualquier persona en un determinado recinto –en este caso, de un adulto mayor en un ELEAM- contra la voluntad del sujeto, puede bien recibir tutela jurídica directa por la propia Constitución Política de la República, ya sea a través de la acción de protección –cuando se trata de la fase previa a la internación, representando una amenaza a su salud o integridad física o mental- o por medio de la acción de amparo. Por ello, la iniciativa, de ser concebida como una medida netamente garantizadora del consentimiento del adulto mayor para su internación, sería una medida legal que no llenaría un vacío en términos normativos, pues el ordenamiento constitucional ya prevé herramientas para su tutela.

La redacción del nuevo numeral 17 que se pretende incorporar al artículo 8° de la Ley N° 19.968, adolece de cierta ambigüedad que no deja en claro la finalidad que se busca con su consagración, especialmente al analizar la exposición de motivos que fundamenta la moción. En efecto, el artículo propuesto podría tener dos líneas posibles de destinación:

i.- La primera, entender que lo que se pretende es netamente transformar al juez de familia en un garante del consentimiento del adulto mayor para ingresar al ELEAM, cuando llegue a su conocimiento la respetiva situación por el propio

afectado o por cualquier persona interesada. En tal sentido, se hace aplicable lo señalado en el numeral precedente, en el sentido que el ordenamiento jurídico y más concretamente la Carta Fundamental, disponen de herramientas jurisdiccionales directas para corregir tal situación, mediante la acción de protección y de amparo.

ii.- La segunda, es concebir que al juez de familia no sólo se le faculta para corroborar el consentimiento del adulto mayor para su internación en un ELEAM, sino además se le otorga un ámbito de decisión para permitir su internación a falta de tal consentimiento o incluso en contra del mismo. Esta forma de entender la potestad del juez no sólo puede desprenderse de la redacción del numeral que se pretende agregar al artículo 8° de la ley en comento, sino también por lo expresamente consignado en la letra d) de los antecedentes que fundan la moción, al decir que *"la legislación nacional, debe exigir la intervención judicial en los casos en que el adulto mayor presente algún tipo de incapacidad* o *discapacidad* o *bien se oponga a su internación, salvo que medie una autorización judicial que así* lo *ordene."*

En esta segunda hipótesis, es de obligada mención considerar las implicancias de orden constitucional que podría tener la restricción de la libertad de movimiento de un adulto mayor cuando expresamente manifiesta su voluntad en contrario, sin que exista una declaración previa de interdicción o de insuficiencia para adoptar decisiones, dictada por el juez;

Quinto: Que, sin perjuicio de lo señalado, si bien pueden existir razones que motiven la internación de una persona por razones que vayan en su propio beneficio y sin su voluntad, se estima necesario que esas razones y las acciones concretas que pueda disponer el juez a quien se asigne tal función, estén prescritas en una norma de jerarquía local. En definitiva, sin perjuicio que podría concebirse prudente radicar en el juez de familia, desde un punto de vista procesal, el conocimiento de esta materia, es necesario contar con la norma legal sustantiva que aborde las hipótesis que expresamente habiliten al respetivo magistrado para adoptar una medida que restringe la libertad del adulto mayor.

Como conclusión de este acápite del presente informe, se considera aconsejable que durante la discusión de la iniciativa se aclare en forma expresa los objetivos concretos que se buscan con su aprobación, en función de los escenarios posibles reseñados;

Sexto: Que, analizada más en detalle, en el tenor de la modificación que se propone se destaca, en primer lugar, que en nuestro ordenamiento jurídico no hay total coherencia sobre qué debe entenderse por adulto mayor, ya que si bien existen algunas referencias a la tercera edad en la legislación, éstas no guardan armonía conceptual en este aspecto. En efecto, tanto en el Código Civil, el Código Penal, la Ley Adopción, la Ley de Violencia Intrafamiliar, y en la Ley N° 19.828 -que crea el Servicio Nacional del Adulto Mayor-, existen referencias indirectas en la materia, pero no hay claridad y uniformidad, en la determinación de lo que debe entenderse y la edad a partir de la cual una persona pasa a ser "adulto mayor";

Séptimo: Que es necesario determinar igualmente qué ha entendido la normativa nacional por ELAM. De acuerdo al artículo 2 del Decreto N° 14, de 2010, del Ministerio de Salud, que aprueba el Reglamento para este tipo de establecimientos, se establece que son aquellos *"en que residen personas de 60 años* o *más que, por motivos biológicos, psicológicos* o *sociales, requieren de un medio ambiente protegido y cuidados diferenciados que allí reciben. Dichos cuidados tienen por objeto la prevención y mantención de su salud, la mantención y estimulación de su funcionalidad y el reforzamiento de sus capacidades remanentes."*

Además, agrega la disposición que para su funcionamiento, los Establecimientos deberán contar con autorización otorgada por la Secretaría Regional Ministerial de Salud competente del lugar en que se encuentra ubicado.

A nivel doctrinario, se ha señalado que estos establecimientos constituirían organismos prestadores de servicios sociales, en cuanto son instituciones destinadas a brindar un servicio de beneficio para la población en general, ya sea que se organicen como órganos estatales u órganos privados.

Además, se ha determinado que presentan tres dimensiones esenciales: la realidad social, los valores y las normas. La *realidad social* consiste en la necesidad de alojamiento y cuidado de estas personas; los *valores* están dados por los fines y exigencias de justicia, particularizadas a través de los cuales se organizan estos establecimientos; y, por último, las *normas* están dadas por el marco jurídico regulatorio a que estos lugares deben someterse;

Octavo: Que en cuanto a la configuración jurídica, la doctrina ha calificado la relación contractual de los adultos mayores internados en ELEAM como un contrato atípico o innominado, similar al contrato de hospedaje. Sin embargo, al concurrir en su configuración normas de Derecho Público y de Derecho Privado,

se ha señalado en los últimos años que se trata de un servicio de carácter contractual, con un derecho de ingreso y retiro del adulto mayor, y un derecho de admisión y alta del respectivo establecimiento;

Noveno: Que ahora bien, de acuerdo a lo que señala la moción, si bien la familia se ha constituido como célula básica de la sociedad, siendo el principal entorno en que las personas ancianas viven, las cifras demuestran que un número importante de ellas han visto transformado su núcleo familiar por la internación en ELEAM. Ello obedece a un fenómeno que responde a la ruptura de la solidaridad vertical, es decir, a la ausencia de redes primarias de cuidado, que han cedido espacio a la asistencia no consanguínea (solidaridad horizontal).

Lo anterior, traería una serie de consecuencias en la salud psicológica del adulto mayor afectando su sentido de pertenencia, su autoestima y su estado anímico. Por esta razón, la mayoría de los países -teniendo en consideración los Principios de las Naciones Unidas en favor de las personas de edad-, han optado por desarrollar diversas opciones de cuidado del adulto mayor, dejando sólo como última opción la internación, siempre amparando sus intereses y derechos.

Bajo tales consideraciones, en Chile, de no existir la primera posibilidad que el adulto mayor se mantenga viviendo con su familia o en forma independiente -por razones médicas o de otro tipo que requieran cuidados diferenciados-, se ha considerado que residan en hogares o instituciones de larga estadía.

De procederse a la internación del adulto mayor en el ELEAM, corresponde a él consentir su ingreso al establecimiento, así como celebrar el contrato respectivo.

En efecto, el Decreto N° 14, de 2010, del Ministerio de Salud, en su artículo 15 dispone que: "Todo *establecimiento de larga estadía de adultos mayores deberá contar con un procedimiento de ingreso de pacientes, el cual contendrá, a* lo *menos, la definición y descripción de las etapas de preingreso, ingreso e inducción y comprenderá los protocolos para cada acción relevante definida así* como *los formularios necesarios.*

Los procedimientos descritos deberán contener acciones para salvaguardar que el ingreso de los residentes se realice con su consentimiento en un grado acorde a su nivel de dependencia; el respeto de la confidencialidad de la información sensible; que se entregue al residente la información necesaria que le permita hacer uso de los servicios y prestaciones disponibles, la cual será proporcionada de manera que éste efectivamente la entienda; que se le haga una

adecuada presentación del equipo profesional, técnico y auxiliar de atención directa; que se le haga una presentación de los otros residentes y se fomente la integración entre todos; que se le designe un profesional de referencia y auxiliares de referencia en cada turno. Además comprenderá un plan de intervención individual que contenga aspectos de salud y sociales";

Décimo: Que de esta forma, la internación del adulto mayor no lo hace perder su capacidad para contratar. Sin embargo, y como lo evidencia la moción, existe la posibilidad que figurando el adulto mayor como parte contratante con el ELEAM, sean los familiares o personas cercanas a él, quienes decidan su internación o bien que la hayan inducido ilegítimamente. En estos casos, no existirá consentimiento o este nacerá viciado, afectando la validez del contrato.

En virtud de lo anterior, el proyecto propone la implementación de un procedimiento de carácter judicial, tendiente a la protección de los derechos e intereses de los adultos mayores, fundamentalmente cuando se encuentran en estado de indefensión o anomalía de carácter físico o mental.

De lo anterior, se observa en primer lugar que solo serán competencia de los Juzgados de Familia, las causas relativas a la internación geriátrica de adultos mayores en ELEAM, cuando éstos se opongan a ello o se encuentren en estado de indefensión o presenten una anomalía de carácter físico o mental que les impida manifestar su voluntad.

Se advierte que la modificación propuesta pretende subsanar eventuales transgresiones de derechos e intereses de los adultos mayores, sin embargo, no se observa cuál sería la norma sustantiva de jerarquía legal que el juez de familia debe aplicar en estos casos.

En efecto, actualmente en la legislación nacional no existen normas que traten directamente la protección de los adultos mayores, dificultando la aplicación de normas procedimentales como la que se propone. Países como España o Argentina, han avanzado en la materia reconociendo rango constitucional a la protección de la denominada "Tercera Edad", lo que les ha permitido regular la autorización judicial de internación en establecimientos de larga estadía, a través de un marco jurídico completo;

Undécimo: Que por otra parte, el procedimiento en virtud del cual se tramitarán estas causas, de acuerdo a la modificación que se propone, corresponde al dispuesto en el artículo 102 de la Ley N° 19.968, que establece: *"Del procedimiento aplicable. Los actos judiciales no contenciosos cuyo*

conocimiento corresponda a los jueces de familia se regirán por las normas de la presente ley y, en lo no previsto en ellas, por el Libro IV del Código de Procedimiento Civil, a menos que resulten incompatibles con la naturaleza de los procedimientos que esta ley establece, particularmente en lo relativo a la exigencia de oralidad.

La solicitud podrá ser presentada por escrito y el juez podrá resolverla de plano, a menos que considere necesario oír a los interesados. En este último caso, citará a una audiencia, a la que concurrirán con todos sus antecedentes, a fin de resolver en ella la cuestión no contenciosa sometida a su conocimiento".

En virtud de la disposición citada, el procedimiento aplicable a las causas relativas a la internación geriátrica de adultos mayores en Establecimientos de larga estadía será el correspondiente a las causas voluntarias. Si bien tal procedimiento podría ser en principio el adecuado, aquél podría resultar inapropiado cuando exista oposición del adulto mayor a la medida de internación, sea que tal oposición emane desde el inicio del procedimiento como durante su sustanciación, pudiendo ser pertinente en tal caso, tratar el asunto como contencioso, con intervención del Defensor Público. Incluso, podría ser pertinente acudir siempre a esta última figura, a fin de corroborar el efectivo consentimiento del adulto mayor. Sin perjuicio de lo señalado, se reitera la necesidad de regular mediante una ley, y no mediante un reglamento, las normas básicas respecto al consentimiento que requiere una persona —en este caso, el adulto mayor- para su internación, y establecer un marco jurídico adecuado de regulación de la tercera edad, con medidas especiales de protección, y un grado de especificidad acorde para que sea eficaz.

Por otro lado, se hace presente que el artículo 1 del proyecto de ley merece reparos en su redacción, principalmente cuando señala: "...una *anomalía de carácter físico* o *mental que les impida manifestar su voluntad...".* Tal situación podría concurrir con lo dispuesto en el Decreto Supremo N° 570 del Ministerio de Salud, que aprueba el reglamento para la internación de las personas con enfermedades mentales y sobre los establecimientos que la proporcionan, esto ya que sus artículos 8 a 16, regulan la internación voluntaria y no voluntaria, definiendo cada una de ellas y estableciendo los requisitos para que procedan, pudiendo generar una indeterminación en relación a qué tipos de anomalías de carácter mental quedan circunscritas para el caso de las internaciones que se señalan. En todo caso, no deja tampoco de ser llamativo que un cuerpo

reglamentario como el aludido en el presente numeral, derechamente establezca y regule la internación voluntaria y "no voluntaria" de personas con enfermedades mentales, sometiendo a un trámite administrativo su procedencia. Aunque aquella regulación no es objeto del presente análisis, es de obligada consignación mencionar que resulta difícil argumentar la razón para regular por un decreto –y no por ley- la posibilidad de internaciones no voluntarias, ni para entregar a un órgano administrativo –y no judicial- la competencia para determinar su procedencia;

Duodécimo: Que, finalmente, en la lógica seguida por el proyecto, se sugiere analizar y eventualmente modificar con posterioridad a la eventual aprobación del proyecto, el Decreto N° 14, de 2010 del Ministerio de Salud, en los términos del proyecto de ley que se informa. Específicamente su artículo 15, que hace referencia expresa a que el ingreso de residentes a los ELEAM debe realizarse con su consentimiento en un grado acorde a su nivel de dependencia. Lo anterior, para mantener la coherencia del ordenamiento jurídico nacional en la materia.

Por estas consideraciones y de conformidad, además, con lo dispuesto en los artículos 77 de la Constitución Política de la República y 16 de la Ley N° 18.918, Orgánica Constitucional del Congreso Nacional, se acuerda informar en los términos precedentemente expuestos el proyecto de ley que modifica la Ley N° 19.968 que crea los Tribunales de Familia. Ofíciese.

PL-18-2014".

Saluda atentamente a V.S.