Oficio N° 28 -2016

INFORME PROYECTO DE LEY 7-2016

Antecedente: **Boletín N° 10543-18**.

Santiago, 8 de marzo de 2016.

Mediante oficio N° 12.336, el Presidente de la Cámara de Diputados, señor Marco Antonio Núñez Lozano, al tenor de lo dispuesto en los artículos 77, incisos 2° y siguientes de la Constitución Política de la República y 16 de la Ley N° 18.918, Orgánica Constitucional del Congreso Nacional, remitió a esta Corte el proyecto de ley, iniciado por moción, que modifica la Ley N° 19.828, que crea el Servicio Nacional del Adulto Mayor, y regula el funcionamiento y fiscalización de los establecimientos de larga estadía de adultos mayores, con el objeto de que se pronuncie respecto del inciso cuarto que se agrega en la letra g) del artículo 3° de la Ley N° 19.828, mediante el artículo 22, número 1, de la iniciativa en discusión (Boletín N° 10.543-18).

Impuesto el Tribunal Pleno del proyecto en sesión del día de 4 de marzo del actual, presidida por el suscrito y con la asistencia de los ministros señores Milton Juica Arancibia, Sergio Muñoz Gajardo, Patricio Valdés Aldunate, Héctor Carreño Seaman, Pedro Pierry Arrau, Carlos Künsemüller Loebenfelder y Guillermo Silva Gundelach, señoras Rosa María Maggi Ducommun, Rosa Egnem Saldías y María Eugenia Sandoval Gouët, señores Juan Eduardo Fuentes Belmar y Lamberto Cisternas Rocha, señora Gloria Ana Chevesich Ruiz y señores Carlos Aránguiz Zúñiga. Carlos Cerda Fernández, Manuel Valderrama Rebolledo y Jorge Dahm Oyarzún, acordó informarlo al tenor de la resolución que se transcribe a continuación:

AL SEÑOR PRESIDENTE
MARCO ANTONIO NÚÑEZ LOZANO
H. CÁMARA DE DIPUTADOS
VALPARAÍSO

“Santiago, siete de marzo de dos mil dieciséis.

Visto y teniendo presente:

Primero: Que mediante oficio N° 12.336, el Presidente de la Cámara de Diputados, señor Marco Antonio Núñez Lozano, al tenor de lo dispuesto en los artículos 77, incisos 2° y siguientes de la Constitución Política de la República y 16 de la Ley N° 18.918, Orgánica Constitucional del Congreso Nacional, remitió a esta Corte el proyecto de ley, iniciado por moción, que modifica la Ley N° 19.828, que crea el Servicio Nacional del Adulto Mayor, y regula el funcionamiento y fiscalización de los establecimientos de larga estadía de adultos mayores, con el objeto de que se pronuncie respecto del inciso cuarto que se agrega en la letra g) del artículo 3° de la Ley N° 19.828, mediante el artículo 22, número 1, de la iniciativa en discusión (Boletín N° 10.543-18);

Segundo: Que sin perjuicio de que la consulta sólo dice relación con el inciso indicado, resulta útil, para una adecuada comprensión de su contenido, hacer referencia a los motivos expresados por los autores de la iniciativa legal y exponer brevemente su contenido.

De acuerdo a las proyecciones del Instituto Nacional de Estadísticas (INE), el proceso de envejecimiento poblacional se mantendría de forma sostenida, al menos por una década, manteniéndose estable la población entre 0 y 14 años al año 2025 y duplicándose para igual período la cifra de adultos mayores, que llegarían a superar los tres millones de personas.

Se manifiesta que esta situación demográfica provocará cambios significativos en todas las áreas de la vida nacional, como en el sector salud, que requerirá de médicos especialistas en geriatría y otros profesionales, como enfermeras y traumatólogos; otro tanto se producirá en las universidades, que han incorporado temas relativos a la vejez y al proceso de envejecimiento en sus planes de investigación y docencia. El envejecimiento afecta y seguirá afectando, asimismo, áreas como vivienda, educación, urbanismo, previsión y trabajo, entre otras;

Tercero: Que el proyecto se justificaría en la necesidad de legislar sobre los prestadores de servicios a adultos mayores, señalando que en la actualidad, el literal f) del artículo 3° de la Ley N° 19.828, contiene la facultad del SENAMA de prestar asistencia técnica y supervisar los organismos privados, con o sin fines de lucro, que brinden acogida y atención integral al adulto mayor que facilite su reinserción a la sociedad.

El Decreto N° 93, de 2003, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, estableció el Reglamento del Registro de Prestadores de Servicios Remunerados o no a Adultos Mayores. Aunque se trata de un registro voluntario, el reglamento contiene en su artículo 10, causales de cancelación de la inscripción. El texto de la moción agrega que, con todo, tratándose de un registro voluntario, cuya publicidad por parte del SENAMA no importa responsabilidad de clase alguna para éste, y no siendo necesaria su inscripción en él para prestadores de servicios, remunerados o no, las disposiciones de la ley y del reglamento no tienen la eficacia necesaria para una adecuada fiscalización de este tipo de servicios. La única inscripción que tiene un efecto jurídico concreto, sería la de categoría especial de instituciones beneficiarias de financiamiento directo del Fondo Nacional del Adulto Mayor, respecto de las que el Servicio debe realizar supervisiones periódicas.

En definitiva, de lo anteriormente expuesto es posible concluir que el objetivo del proyecto de ley es regular de forma completa, sistemática y a nivel legal la autorización y el funcionamiento de los Establecimientos de Larga Estadía de Adultos Mayores, que en la actualidad están regulados a nivel reglamentario, e incentivar su inscripción en el Registro de Prestadores de Servicios Remunerados o no a Adultos Mayores, para ejercer una adecuada fiscalización de su funcionamiento, estableciendo causales de suspensión o eliminación de dicho registro;

Cuarto: Que el proyecto se compone de 22 artículos y se divide en 5 Títulos que regulan “Disposiciones Generales” –Título I-; “Del Local y las Instalaciones” –Título II-; “De la Dirección Técnica y del Personal” –Título III-; “Del Funcionamiento de los Establecimientos de Larga Estadía de Adultos Mayores” –Título IV- y “De las Sanciones” –Título V-.

El artículo 22, en el que se sitúa la disposición sometida a consulta, se ubica dentro del Título V e introduce diversas modificaciones a la Ley N° 19.828, que crea el Servicio Nacional del Adulto Mayor. A través de su numeral primero propone introducir cuatro incisos nuevos al texto del literal g) del artículo 3° de dicho cuerpo legal. Este artículo 3° es el que actualmente define cuáles son las funciones del Servicio Nacional del Adulto Mayor y, en su letra g), prescribe que a dicho Servicio le corresponde “desarrollar y mantener un sistema voluntario de información de carácter público relativo a los servicios que se presten al adulto mayor”. Con tal fin, el inciso segundo de este literal establece el registro voluntario de prestadores de servicios, remunerados o no a adultos mayores,

remitiendo su regulación a un reglamento, aspectos que el proyecto de ley que se informa no modifica, por cuanto la disposición remitida en consulta se limita a facultar al Servicio para suspender o eliminar la inscripción en el referido registro, por resolución fundada, la que puede ser impugnada, todo lo cual será objeto de análisis en el presente informe;

Quinto: Que el inciso cuarto que se introduce al literal g) del artículo 3° de la Ley N° 19.828, respecto del que se consulta, indica que la inscripción en el registro voluntario de prestadores de servicios, remunerados o no a adultos mayores podrá suspenderse o eliminarse por resolución fundada del Servicio, la que será apelable ante la Corte de Apelaciones del territorio jurisdiccional donde tenga su domicilio la institución sancionada, de conformidad a las reglas del recurso de apelación establecidas en el Código de Procedimiento Civil.

Se advierte la pertinencia de dejar expresado que, sin perjuicio de la forma o ritualidad procedimental propia de la apelación prevista en la iniciativa, la denominación correcta para el arbitrio procesal contemplado en la norma proyectada es la de reclamación. Sobre el particular, no debe perderse de vista que el recurso de apelación debe entenderse reservado a las impugnaciones que se dirigen contra resoluciones judiciales, circunstancia que, por cierto, no ocurre tratándose de una determinación del Servicio Nacional del Adulto Mayor;

Sexto: Que, conforme a lo expuesto, la norma en consulta establece la procedencia de un recurso jurisdiccional para ante la Corte de Apelaciones correspondiente al domicilio de la institución suspendida o eliminada del registro, lo que se valora favorablemente, al permitir a los administrados sancionados por decisión del Servicio Nacional del Adulto Mayor el acceso a la judicatura, para que conozca del contenido de la resolución sancionatoria y sus fundamentos, observándose también en forma positiva la forma del establecimiento de la competencia territorial, que evitará que la totalidad de los recursos se concentren en una única Corte de Apelaciones, lo que podría ocurrir si se utilizara como criterio el domicilio del Servicio o el lugar donde se dictó la resolución recurrida.

Sin embargo, respecto del tipo de recurso, es menester recordar la opinión oficial de la Corte Suprema en materia de tramitación de acciones contenciosas administrativas, contenida en el Acta N° 176-2014, en que propuso –para efectos de la unificación de estos procedimientos- “entregar la competencia de los procesos contenciosos administrativos especiales, en primera instancia, a las Cortes de Apelaciones que correspondan según las reglas generales, debiendo tramitarse las respectivas causas de acuerdo al procedimiento de ilegalidad

municipal contemplado por el artículo 151 letras d) a i) del D.F.L. N° 1/2006, del Ministerio del Interior, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N° 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades". En este sentido, sería recomendable enmendar el texto del proyecto en el sentido mencionado;

Séptimo: Que sin perjuicio de no haberse remitido en consulta los incisos 5° y 6° nuevos que se agregan a la letra g) del artículo 3° de la Ley N° 19.828, no es posible omitir observar al respecto que mediante su texto se introducen causales numeradas de suspensión y eliminación del registro, pero agrega una referencia genérica de causales adicionales, en la parte que indica "sin perjuicio de otras causales que contemple el reglamento", fórmula que contraría el principio de legalidad -entendido como tipicidad- de las sanciones, principio pilar del Derecho Penal que resulta aplicable al Derecho Administrativo Sancionador, por compartir su fundamento en el *ius puniendi* del Estado -aunque con matices-, lo que puede resultar particularmente grave en casos como el analizado, teniendo en cuenta los efectos que producen las sanciones, de 2 años mínimos en el caso de la suspensión o de eliminación del registro, por lo que debieran establecerse claramente todas las causales que hacen procedentes estas sanciones en la propia ley o, en caso contrario, establecer parámetros que delimiten la potestad reglamentaria, dejando al reglamento sólo los detalles de las conductas que se amenazan con dichos castigos;

Octavo: Que a ese respecto, resulta llamativo que se mantengan sin modificaciones los actuales tres primeros incisos de la letra g) del artículo 3° de la Ley N° 19.828, reafirmando el carácter de voluntario del registro establecido en el inciso segundo de dicha norma en la ley vigente, lo que aparece inconsistente con la derogación propuesta del inciso séptimo del artículo 7° de la misma ley, norma que actualmente establece un incentivo para registrarse como forma de obtener financiamiento directo a través del Fondo Nacional del Adulto Mayor. Las razones para esta propuesta de derogación no aparecen claras del tenor del proyecto y tampoco son desprendibles de la exposición de motivos de la propia moción;

Noveno: Que, finalmente, es posible observar que el proyecto de ley entrega nuevas atribuciones y funciones para autorizar el funcionamiento de los Establecimientos de Larga Estadía para Adultos Mayores en un caso, y en otros, atribuciones sancionatorias a una autoridad administrativa, cuestión que de conformidad al artículo 65, inciso 4°, N° 2 de la Constitución, es materia de iniciativa exclusiva del Presidente de la República.

Esta observación se agrava al constatar que de las diversas referencias del proyecto de ley, no es posible desprender con certeza a qué autoridad en específico se refiere. Así, en el artículo 4°, se señala que para obtener la autorización de funcionamiento se deberá elevar una solicitud a la "autoridad competente", no definiendo cuál es dicha autoridad. Similar situación se produce en el artículo 21, que señala que la contravención de las disposiciones de la ley será sancionada "por la misma autoridad", de conformidad al Libro X del Código Sanitario, no siendo posible determinar a qué autoridad se refiere con esa expresión, atendido que el artículo 20 se refiere a los planes de intervención socio-comunitarios, contenidos en otro Título del proyecto de ley, y que el artículo 21, es, a su vez, el primero del Título V, en que se regulan las sanciones. La confusión se produce, nuevamente, en el artículo 22, que modifica la Ley N° 19.828, y que establece que las sanciones ahí previstas serán dictadas por resolución fundada "del Servicio", el que por la ubicación de las norma que se modifica, en todo caso -y como se entendió en el punto 6 de este informe-, debiera ser el Servicio Nacional del Adulto Mayor. Finalmente, otra duda surge de la última de las causales de eliminación del registro que se propone, la que consiste en "quiebra de la institución inscrita declarada judicialmente, o notoria insolvencia de aquella así calificada por el Servicio en resolución fundada", ya que no se encuentra entre las funciones ni es parte de las competencias del Servicio Nacional del Adulto Mayor realizar tal calificación;

Décimo: Que esta Corte previamente se ha pronunciado en dos oportunidades sobre proyectos de ley con un objetivo similar, pero que otorgaban competencia a los juzgados de familia para conocer de asuntos relativos a la internación de adultos mayores en establecimientos de larga estadía.

En la primera de ellas, en noviembre del año 2012, el Tribunal Pleno emitió un informe respecto de un proyecto de ley que otorgaba competencia a los juzgados de familia para conocer de dichas causas, cuando los adultos mayores se opusieren a la internación o padecieren alguna incapacidad o discapacidad. La Corte informó al respecto que "considera conveniente la existencia de marcos legales y mecanismos de supervisión para la protección de los derechos y libertades fundamentales de las personas mayores, que garanticen que ninguna sea obligada a ingresar a un establecimiento geriátrico de larga estadía sin contar con autorización judicial o con su expreso consentimiento."

En la segunda ocasión, por oficio de septiembre de 2014, se informó un proyecto de ley destinado a establecer la intervención judicial en caso que un adulto mayor presentare algún tipo de incapacidad o discapacidad, o bien, se opusiere a su internación, salvo que una autorización judicial así lo ordenare. La Corte observó que la redacción del numeral 17 que se proponía agregar al artículo 8° de la Ley N° 19.968, resultaba ambigua sobre "la finalidad que se busca con su consagración (…) [pudiendo tener] dos líneas de destinación: (…) 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 respectiva situación por el propio afectado o por cualquier persona interesada (…) [o] 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 (…) 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 (…)".

La Corte hizo presente, asimismo, que "en nuestro ordenamiento jurídico no hay total coherencia sobre qué debe entenderse por adulto mayor (…)" , y, por otro lado, que era necesario determinar "qué ha entendido la normativa nacional por EL[E]AM.";

Undécimo: Que sobre las observaciones realizadas por la Corte Suprema en esas oportunidades, es posible señalar que el proyecto de ley en análisis, a diferencia de los informados anteriormente, contiene una regulación completa y sistemática de los Establecimientos de Larga Estadía para Adultos Mayores, en un cuerpo legal autónomo. Asimismo, define los conceptos que la Corte acusó de falta de claridad, superando de esta forma algunos de los defectos observados.

Así, en el inciso segundo del artículo 1°, el proyecto en análisis define adultos mayores, aunque lo limita en sus efectos para esa ley: "Para los efectos de esta ley se, se considera adultos mayores a las personas de 60 años y más." La inclusión de esta definición en dichos términos, sin embargo, podría contribuir a generar confusión, atendido a que el inciso primero del artículo 1° de la Ley N° 19.828 define a los adultos mayores, en términos similares, "para todos los

efectos legales” como “toda persona que ha cumplido sesenta años”, por lo que sería preferible incluir una referencia a dicha disposición, o no incluir definición alguna, atendido el carácter de generalidad para todos los efectos de la normativa aludida.

Asimismo, en el artículo 2° define los Establecimientos de Larga Estadía para Adultos Mayores, o ELEAM, como “aquel 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.”

Por otro lado, el Título IV, entre los artículos 11 y 20, regula el funcionamiento de estos establecimientos, previendo en el artículo 11 un procedimiento de ingreso, el que deberá contar con, al menos, una definición y descripción de las etapas de preingreso, ingreso e inducción, ordenando que los procedimientos cuenten con “acciones para salvaguardar que el ingreso de los residentes se realice con su consentimiento en un grado acorde a su nivel de dependencia”. Esta regulación, si bien en principio se hace cargo de una de las inquietudes planteadas por la Corte Suprema, no se hace cargo del caso de internación del adulto mayor en contra de su voluntad, situación que debiera detallarse, estableciendo el tribunal competente y el procedimiento a aplicar.

Por estas consideraciones y de conformidad, además, con lo dispuesto en los artículos 77 de la Constitución Política de la República y 18 de la Ley N° 18.918, Orgánica Constitucional del Congreso Nacional, se acuerda informar **en los términos precedentemente expresados** el proyecto de ley que modifica la Ley N° 19.828, que crea el Servicio Nacional del Adulto Mayor, y regula el funcionamiento y fiscalización de los establecimientos de larga estadía de adultos mayores. Ofíciese.

Se previene que los ministros señores Juica y Brito, señora Sandoval y señor Cerda, fueron de parecer de informar a la Cámara de Diputados que la competencia asignada a las Cortes de Apelaciones en el proyecto en consulta no resulta conveniente. En efecto, ha sido un criterio reiterado de esta Corte al informar una cantidad considerable de iniciativas legales que establecen la posibilidad de reclamar ante los tribunales de justicia por determinaciones de la autoridad administrativa, la pertinencia de que sean los juzgados de letras en lo civil los que conozcan en primera instancia de las reclamaciones, radicando en

los tribunales de alzada el conocimiento de las respectivas apelaciones. Así, al consagrarse expresamente la posibilidad de recurrir en contra de la sentencia del juez civil, se salvaguarda el derecho al debido proceso, contemplado tanto en el artículo 19 Nº 3 de la Constitución Política de la República, como en los tratados internacionales ratificados por nuestro país.

Se previene que los ministros señores Valdés y Fuentes fueron de opinión de limitar el informe solicitado por la Cámara de Diputados a lo estrictamente consultado, vale decir, a lo concerniente al inciso cuarto de la letra g) del artículo 3º de la Ley Nº 19.828 que proyecta introducir la moción parlamentaria, razón por la que no concurren a los motivos séptimo y siguientes del informe precedente.

PL 7-2016".

Saluda atentamente a V.S.

Hugo Dolmestch Urra
Presidente

Jorge Sáez Martin
Secretario