

Protección de las personas mayores a la luz del derecho internacional e interno

Protection of Older Persons in the Light of the International and Domestic Law

Juan Luis MARTÍNEZ MARDONES¹

Resumen: Esta investigación recoge cuál es la situación proteccional de los adultos mayores, desde una perspectiva internacional de protección, instrumentos internacionales de derechos humanos, hasta lo que en nuestro país entendemos por marco normativo protector del adulto mayor. En este escenario la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores ha marcado un antes y un después, erigiéndose como el primer instrumento internacional de carácter vinculante respecto a este tema, que hoy además cobra vital importancia. Logramos comparar cuál es la situación de algunos países de la región en relación con Chile, junto con observar la respuesta que nuestro país ha dado al nuevo estándar que exige haber suscrito este instrumento. A su vez, se entregan algunas propuestas para dar solución a problemáticas actuales que aquejan a las personas mayores, siempre inspirados en los principios informadores que la Convención reconoce y posiciona como fundamentales.

Palabras claves: Persona mayor, derechos humanos de las personas mayores, principio de la dignidad, legislación chilena de las personas mayores.

Abstract: The present investigation explains which is the current older person's protection status, from an international perspective, through international Human Rights instruments, to what we understand in our country as an older person protection normative framework. In

¹ Abogado de la Universidad de los Andes, magister en Derecho Constitucional de la Universidad de Talca y profesor jornada completa de la clínica jurídica de la Universidad de los Andes, Chile. Correo electrónico: jlmartinez@uandes.cl

this scenario the Inter-American convention on protecting the Human Rights of older persons has marked a before and after, establishing itself as the first compulsory international instrument in this subject, which is of special relevance today. We managed to compare the situation in some countries of the region in relation to Chile is, establishing as an answer that our country is starting to reach the new standard that demands subscribing to this instrument. In turn, proposals are delivered regarding solutions to actual difficulties that afflict older persons, inspired by the principles that the Convention recognizes and positions as fundamental.

Keywords: Older persons, older person's human rights, principle of older person's dignity, older person's Chilean legislation.

1. Introducción

Este trabajo pretende examinar los principales principios y estándares mínimos en materia de los derechos de las personas mayores que se desprenden del derecho internacional de los derechos humanos, su recepción y aplicación en el ordenamiento jurídico chileno. Se intentará elaborar, a partir del derecho internacional de los derechos humanos, una propuesta de criterios y principios rectores en materia de los derechos de las personas mayores tomando como fuente de inspiración ciertos fundamentos que en Chile se han aplicado con relativo éxito en el contexto de la protección de los niños, niñas y adolescentes. Nuestra hipótesis preliminar considera que en la actualidad se violan los derechos humanos de las personas mayores en nuestro país, ya que no se satisfacen los estándares mínimos provenientes desde el derecho internacional e interamericano de los derechos humanos.

El trabajo se estructura en dos grandes partes. La primera analiza el origen, fundamentación y evolución del derecho de las personas mayores en el ámbito internacional, tanto universal como regional. La segunda aborda el examen de los derechos de las personas mayores en el orden jurídico nacional, apoyándose en la comparación con realidades constitucionales de otros países de la región.

2. Los derechos de las personas mayores a la luz del derecho internacional

Desde hace algunas décadas el derecho internacional considera y reconoce a las personas mayores como sujeto especial de derecho². En efecto, en el contexto americano, en el año 2015 se adoptó la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos

2 Lathrop (2009), p. 96.

de las Personas Mayores, aunque solo algunos Estados lo han ratificado³. Esto respalda la idea respecto al poco desarrollo que tiene la materia, sin perjuicio del avance más acelerado que esta ha tenido en los últimos años⁴.

Es así como encontramos derechos de las personas mayores en diversas declaraciones y Tratados Internacionales⁵.

2.1. PUNTO DE VISTA UNIVERSAL

Los derechos humanos de las personas mayores se fundan en instrumentos internacionales generales⁶. También ha habido otros desarrollos políticos y normativos en esta materia cuyo objetivo principal es establecer guías generales o aspectos técnicos complementarios para abordar una materia específica, pero no crean obligaciones jurídicas vinculantes para los Estados⁷. El trato que cada uno de estos instrumentos da a los derechos de las personas mayores es diferente⁸.

A pesar de los avances, aún queda mucho por hacer, tanto en lo que respecta al desarrollo normativo como en el efectivo cumplimiento e implementación interna de los principios y normas internacionales relativas a los derechos de las personas mayores⁹.

3 Solo Chile, Argentina, Bolivia, Costa Rica y Uruguay han depositado el instrumento de ratificación correspondiente hasta esta fecha. [Disponible en: http://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_A-70_derechos_humanos_personas_mayores_firmas.asp#Chile]. [Fecha de consulta: 2 de enero de 2018].

4 Sandra Huenchuan Navarro grafica claramente esta afirmación cuando hace más de diez años daba cuenta que “a diferencia de lo que ocurre con otros grupos sociales, no existe todavía una amplia convención internacional en relación con los derechos de las personas mayores, por lo que la revisión del estado del arte en la materia debe incorporar el análisis de diferentes instrumentos existentes tanto a nivel global como regional [...]”, en Huenchuan (2004), p. 11.

5 Lathrop (2009), p. 96.

6 La Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966), el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966), o bien, la Recomendación 162 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) (1980).

7 Asamblea Mundial sobre el Envejecimiento en que se adoptó el Plan de Acción Internacional de Viena sobre el Envejecimiento (1982), los Principios de las Naciones Unidas a favor de las Personas de Edad (1991), Recomendación relativa a la seguridad social de la OIT (2001), el Plan de Acción Internacional de Madrid sobre el Envejecimiento, resultado de la Segunda Asamblea Mundial sobre el Envejecimiento realizada en España (2002), y la Estrategia regional de Implementación para América Latina y el Caribe del Plan de Acción Internacional de Madrid sobre el Envejecimiento (2003).

8 Huenchuan (2004), p. 11.

9 El texto de Mónica Villarreal incorpora un cuadro explicativo de los principales instrumentos que, hasta esa fecha (2005), eran aplicables o expresamente establecían derechos a favor de personas mayores. Lo llamativo es que de los siete solo tres son vinculantes. Villarreal (2005), p. 14.

2.2. PERSPECTIVA INTERAMERICANA

En el ámbito regional, a partir de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) y del Protocolo de San Salvador (1988), comienza a generarse cierta atención respecto a los derechos de las personas mayores. Este último establece medidas específicas dirigidas a las personas mayores¹⁰, en su artículo 17 expresamente se establece la Protección de los Ancianos¹¹.

Así también la Resolución CE130.R19 sobre salud y envejecimiento de la Organización Panamericana de la Salud (OPS)¹². También la Declaración de Brasilia (2007), el Plan de Acción de la Organización Panamericana de la Salud sobre la salud de las personas mayores, incluido el envejecimiento activo y saludable (2009), y la Carta de San José sobre los derechos de las personas mayores de América Latina y el Caribe (2012).

Pese a esta evolución normativa, era necesario contar con un instrumento internacional vinculante que regulara los derechos de las personas mayores. Recién en 2015 se adoptó un instrumento internacional vinculante que reuniera todas y cada una de las temáticas recogidas en las conferencias, planes de acción y recomendaciones anteriores. Ese instrumento es la *Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores de 2015*¹³.

2.3. CONVENCIÓN INTERAMERICANA SOBRE LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS DE LAS PERSONAS MAYORES

En este punto se hará referencia a su génesis, a los derechos que contempla este instrumento, con énfasis en la consideración de las personas mayores como sujeto de derecho y merecedora de protección especial y, finalmente, se mencionarán algunos mecanismos de protección para garantizar el ejercicio de estos derechos.

10 Huenchuan (2004), p. 16.

11 La norma establece un derecho especial de protección, estableciendo el compromiso de los Estados de adoptar de forma progresiva respecto del derecho a la salud, alimentación y derecho de asociación considerando sus especiales características como personas mayores.

12 Huenchuan (2004), p. 11.

13 Adoptada en el contexto del cuadragésimo quinto período ordinario de sesiones de la Asamblea General de la OEA, 15 de junio de 2015.

2.3.1. ORIGEN

El 15 de junio de 2015 se adoptó este instrumento de derechos humanos de carácter vinculante que busca “promover, proteger y asegurar el reconocimiento y el pleno goce y ejercicio, en condiciones de igualdad, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales de la persona mayor, a fin de contribuir a su plena inclusión, integración y participación en la sociedad [...]”¹⁴. En efecto, en esa fecha la Organización de los Estados Americanos (OEA) aprobó la *Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores* (CIDHPM), convirtiéndose la OEA en el primer organismo intergubernamental que acoge un instrumento jurídicamente vinculante en esta materia¹⁵. Tal como lo señala Cepal, la Convención viene a corregir una omisión respecto a los derechos humanos, de larga data, de este grupo social vulnerable. Estandariza garantías muy relevantes que ningún otro instrumento internacional vinculante había considerado anteriormente, explícita en el caso de las personas mayores, la conjunción entre el derecho a la vida y la dignidad en la vejez, o el derecho a la independencia y la autonomía¹⁶. La CIDHPM establece principios generales¹⁷, deberes generales para los Estados y derechos protegidos. Respecto a estos últimos, la doctrina reconoce que la Convención trata tres tipos de derechos, los cuales son los derechos emergentes, derechos vigentes y derechos extendidos¹⁸. En cuanto a las dos últimas categorías se señala que son derechos ya existentes en otros instrumentos de derecho internacional, pero ahora se les da una aplicación directa o derechamente se reconoce específicamente el derecho para este grupo social vulnerable¹⁹. La novedad estaría en los llamados derechos emergentes, que serían derechos nuevos o bien que estarían parcialmente reconocidos en otros instrumentos²⁰.

2.3.2. DERECHOS EMERGENTES

La CIDHPM establece una serie de derechos que la doctrina clasifica como emergentes, vigentes, extendidos, que son derechos nuevos para las personas mayores²¹.

14 Parte de lo que la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores establece como su objeto en su artículo 1.

15 Cepal (2017), p. 83.

16 Cepal (2017), p. 83.

17 a) La promoción y defensa de los derechos humanos y libertades fundamentales de la persona mayor; b) la valorización de la persona mayor, su papel en la sociedad y contribución al desarrollo; c) la dignidad, independencia, protagonismo y autonomía de la persona mayor; d) la igualdad y no discriminación; e) la participación, integración e inclusión plena y efectiva en la sociedad, entre otros.

18 Cepal (2017), p. 87.

19 Cepal (2017), pp. 87, 88 y 89.

20 El derecho a la vida y la dignidad en la vejez (artículo 6), el derecho a la independencia y autonomía (artículo 7) y el derecho a los servicios de cuidado a largo plazo (artículo 12) de la CIDHPM.

21 A partir del capítulo IV se establece un catálogo de derechos dentro de los que destaca la dignidad en la vejez y el derecho a brindar consentimiento libre e informado entre otros.

En primer lugar, el artículo 6 reconoce el *Derecho a la vida y a la dignidad de la vejez*, el cual da cuenta de una creación novedosa que se hace cargo de una problemática bastante común respecto a la capacidad del adulto mayor en la toma de decisiones con su calidad de vida, asociadas a su situación o condición de salud. Ya en 1991, las Naciones Unidas, al declarar los Principios a Favor de las Personas de Edad, reconocía la dignidad como uno de ellos. Para nosotros queda claro que en la creación de este derecho se buscó tomar a la persona mayor como sujeto de derecho, parte activa en el ejercicio y construcción del mismo²². Considerando sus circunstancias específicas, resulta común verse enfrentado a la toma de decisiones en torno a situaciones de salud de los adultos mayores. Muchas veces, en situaciones complejas de salud, su interés pasa a un segundo plano y sus familiares en ocasiones les extienden la vida con métodos artificiales que no buscan más que la satisfacción de la familia y no la de la persona mayor.

En segundo lugar, el artículo 7 reconoce *El derecho a la independencia y a la autonomía*. Aquí se enfatiza en la dignidad y, específicamente, en la toma de decisiones conforme a sus tradiciones y creencias²³. La autonomía consiste en la capacidad de ejercer la libertad de elección y el control sobre las decisiones que afectan a la propia vida, la independencia radica en vivir en sociedad sin asistencia, o a lo menos, con un grado de asistencia que no someta a las personas mayores al arbitrio de otros²⁴.

Se reconoce y reposiciona la figura de la persona mayor como sujeto de derecho en torno a la toma de decisiones, la posibilidad de elegir dónde y de qué forma vivir ejerciendo y exigiendo todos sus derechos como ser humano independiente y autónomo. El reconocimiento de este derecho da cuenta de una revaloración como figura principal de la comunidad, tal cual como era en tiempos anteriores. Así, por ejemplo, pasa en sociedades pre eminentemente indígenas como es la cultura Rapa Nui²⁵. Por lo tanto, a través de este reconocimiento es de esperar que la independencia y autonomía, acompañadas de una nueva y actualizada visión, hagan aplicable este nuevo derecho.

22 Huenchuan (2004), p. 21.

23 Huenchuan (2016), p. 232.

24 Cepal (2017), p. 95.

25 Ellos sin necesidad de la dictación de ninguna ley o convención mantienen la figura del adulto mayor autónomo e independiente, atendido a que los adultos mayores “dentro de las familias tienen una posición privilegiada, ya que son aquellos a los que se les pide consejo, pero además tienen un poder especial. Son quienes tienen la potestad de castigar a los miembros de su familia pero también de entregar Po’o. El Po’o es la entrega a un familiar del sentimiento y el deseo de bien de un ser humano, y solo pueden entregarlo los ancianos (.) [...] En la vida política de la isla, las personas mayores han sido claves en la organización del pueblo rapa nui, creando espacios tales como el Consejo de Ancianos, que es la máxima autoridad colectiva (.) En la vida colectiva cotidiana, las personas mayores participan activamente de todas las actividades comunitarias [...] (.) La cultura y la vida cotidiana rapa nui son muy vitales, la familia gira y se organiza en torno al cuidado de los niños y ancianos. Este rol y espacio de las personas mayores son parte de nuestra cultura [...]”. Bárcena y Mancera (2014), p. 304.

Finalmente, el tercer derecho emergente es el *Derecho de la persona mayor que recibe servicios de cuidado a largo plazo*. La misma Convención, en su artículo 2, define a la persona mayor que recibe servicios de cuidado a largo plazo como “aquella que reside temporal o permanentemente en un establecimiento regulado, sea público, privado o mixto, en el que recibe servicios socio-sanitarios integrales de calidad, incluidas las residencias de larga estadía, que brindan estos servicios de atención por tiempo prolongado a la persona mayor, con dependencia moderada o severa que no pueda recibir cuidados en su domicilio”. En Chile existen instituciones para estos efectos llamadas Establecimientos de Larga Estadía para Adultos Mayores o Eleam. Su reglamentación la contiene el Decreto N.º 14²⁶. En la actualidad el Estado chileno, a través del Servicio Nacional del Adulto Mayor (Senama), cuenta solo con 12 Eleam administrados por Municipios o fundaciones sin fines de lucro²⁷, todos los demás tienen el carácter de privados y pagados. A raíz de esta situación, hoy nos encontramos con muchos adultos mayores en situación de calle, desplazados de sus residencias, de las que no son dueños, o simplemente expulsados y sin lugar para vivir. Por esta razón, estimamos que la aplicación de este derecho innovador viene a establecer estándares y exigencias nuevas que debiesen generar un cambio para los adultos que se encuentran en Eleam, o a los que no residen actualmente en ellas, pero sí lo necesitan. En el futuro, Chile debiese garantizar esto cumpliendo con los nuevos estándares establecidos por la CIDHPM.

2.3.3. MEDIOS DE PROTECCIÓN

A partir del artículo 33 y siguientes, se establece para estos efectos la creación de la Conferencia de Estados parte y del Comité de Expertos²⁸. La Conferencia es el principal mecanismo de seguimiento de la Convención²⁹, mientras que el Comité tiene como funciones principales el seguimiento de la implementación que los Estados parte realizan de la Convención, junto con presentar recomendaciones para el cumplimiento progresivo de la misma³⁰. La importancia de estos mecanismos es fundamental para que lo dispuesto en la Convención tenga una aplicación real y no sea letra muerta. Es por esto que la Cepal recalca la función de estos organismos, dando cuenta que “cualquier derecho, aun reconocido internacionalmente, que

26 Decreto N.º 14, año 2010, define 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 [...]”.

27 [Disponible en: <http://www.senama.gob.cl/establecimientos-de-larga-estadía-para-adultos-mayores>]. [Fecha de consulta: 20 de febrero de 2018].

28 Esta figura tiene su símil en el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, creado por la Convención respectiva, que tiene objetivos y funciones similares.

29 Huenchuan (2016), p. 234.

30 Artículo 35, Convención Interamericana sobre Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores.

carezca de un mecanismo de protección es un derecho imperfecto, ya que no existe ningún proceso que garantice y reivindique su cumplimiento. Mediante los mecanismos propuestos por la Convención, que entrarán en funcionamiento con la décima ratificación, se pondrá en marcha una labor de interpretación progresiva de las normas internacionales en materia de derechos de las personas mayores que permitirá esclarecer y precisar aún más el significado y alcance de los derechos contenidos en el tratado³¹. Actualmente solo 5 países han ratificado y depositado los instrumentos correspondientes³².

3. Las personas mayores en el orden jurídico interno

Aquí se desarrolla la regulación constitucional y legal de algunos países latinoamericanos en torno al reconocimiento de los derechos de las personas mayores y su protección. A continuación encontramos el tratamiento jurídico que Chile hace en la materia. A su vez, se enuncian principios rectores en la protección de los derechos de las personas mayores como también derechos que deberían ser reconocidos. Así, durante la década del noventa varios países de la región iniciaron el diseño e implementación de políticas expresamente dirigidas a las personas mayores. Algunos de ellos promulgaron leyes especiales y reformas constitucionales que han permitido, en ciertos casos, incorporar asuntos específicos relacionados con los derechos de las personas mayores³³.

3.1. ANÁLISIS DESDE EL DERECHO CONSTITUCIONAL COMPARADO

En Argentina existen cuatro leyes nacionales que hacen referencia directamente a la persona mayor y a su protección en diversas áreas: la N.º 25.724, Programa de Nutrición y Alimentación Nacional (2003); la N.º 21.074, de Subsidios y Asignaciones Familiares; la N.º 24.417, de Protección contra la Violencia Familiar, y la N.º 24.734, sobre el Derecho al uso de los servicios del sistema de cobertura médica a beneficiarios de pensiones a la vejez³⁴. También la Constitución de 1853, en su artículo 75, hace expresa mención del respeto y reconocimiento de los derechos humanos de los ancianos y de otros grupos sociales vulnerables³⁵.

31 Cepal (2017), p. 90.

32 [Disponible en: http://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_A-70_derechos_humanos_personas_mayores_firmas.asp]. [Fecha de consulta el: 19 de julio de 2018].

33 Huenchuan (2004), p. 8.

34 Villarreal (2005), p. 18.

35 Villarreal (2005), p. 18.

Argentina ha sido pionera en nuestro continente, e incluso a nivel mundial, con respecto a temas de adulto mayor. Durante el primer gobierno del presidente Juan D. Perón se establecieron los Derechos de la Ancianidad, a través de un famoso decálogo que fuera presentado por la primera dama, Eva Perón, en el seno de las Naciones Unidas³⁶. Proclama, por primera vez, el derecho al bienestar de las personas mayores. Se establecieron derechos a la asistencia, la vivienda, la alimentación, el vestido, la salud física, el cuidado de la salud moral, el esparcimiento, el trabajo, la tranquilidad y el respeto, derechos que luego fueron incluidos en la Constitución Nacional mediante la Asamblea Constituyente reformadora del 11 de marzo de 1949. En este marco, fue el primer país en el mundo en declarar los derechos de la ancianidad³⁷.

Este país tiene una historia bastante nutrida de instituciones dedicadas al apoyo y protección de la vejez. Desde 1948 en adelante se pueden encontrar una serie de instituciones dedicadas a estos efectos, destacando la creación en 1973 del Servicio Nacional del Anciano, dependiente de la Secretaría de Estado del Menor y la Familia. En 1983 se transformó en la Subdirección de Ancianidad de la Secretaría de Desarrollo Humano y Familia. En 1993 se creó la Subsecretaría de la Tercera Edad, dependiente de la Secretaría de Desarrollo Social. En 1997 surgió la Secretaría de la Tercera Edad, que dependía directamente de la Presidencia. En 2002 se creó la Subsecretaría de la Tercera Edad bajo la órbita de la Secretaría de Desarrollo Humano y Familia, y dentro de la Subsecretaría se creó a su vez la Dirección Nacional de Políticas para Adultos Mayores (DINAPAM), para que finalmente al día de hoy, y a partir de 2012, se creó el Plan de Personas Mayores 2012-2016, cuya coordinación está a cargo de la DINAPAM³⁸. El panorama internacional y también el desarrollo interno de los derechos humanos dio frutos, generando la posibilidad de contar con el desarrollo de una nueva especialidad jurídica, llamada Derecho de la Vejez o Derecho de la Ancianidad³⁹.

Bolivia desde la década de los noventa cuenta con leyes que buscaban responder a las necesidades específicas de los adultos mayores del país. En materia de seguridad social, la Ley de Pensiones N.º 1732 de 1996; la Ley N.º 1886 de 1998, en la cual se crea un régimen beneficioso para los ciudadanos bolivianos de 60 años o más, en virtud del cual adquieren el derecho de obtener descuentos del 20% en las tarifas de servicios públicos como luz, agua, transporte y en el pago de impuestos a bienes inmuebles, así como también la habilitación de ventanillas especiales para recibir atención preferencial; la Ley contra la Violencia en la Familia o Doméstica N.º 1.674 (1998); y la Ley N.º 2427 (2002) que establece el BONOSOL, beneficio que consiste en un pago anual vitalicio a todo ciudadano residente en Bolivia que

36 Huenchuan (2016), p. 109.

37 Huenchuan (2016), p. 109.

38 Huenchuan (2016), pp. 110 y 111.

39 Davobe (2016), p. 44.

tenga cumplidos 65 años o más⁴⁰. Existen avances más significativos en el último tiempo, pudiendo dar cuenta que en la nueva Constitución del Estado plurinacional de Bolivia se hace referencia expresa, estableciendo derechos al adulto mayor en los artículos 67, 68 y 69 de la norma fundamental. En los artículos 300 N.º 30 y 302 N.º 39 también se los menciona en relación a políticas públicas. Sumado a esto, en el año 2013 se dicta la Ley General sobre Personas Adultas Mayores N.º 369, estableciendo una serie de derechos y principios, posicionándose como una ley integral en esta materia.

Uruguay y Costa Rica, al igual que Chile, no cuentan con reconocimiento alguno en su carta fundamental respecto a grupos vulnerables o particularmente adultos mayores, aunque sí cuentan con normas integrales. En el caso de Uruguay existe la Ley de Promoción Integral del Adulto Mayor N.º 17.796 (2004); en el de Costa Rica, existe la Ley Integral para la Persona Adulta Mayor N.º 7935.

3.2. EL DERECHO CHILENO DE LAS PERSONAS MAYORES

En Chile los avances en materia de políticas de vejez tienen una evolución reciente. La Constitución Política de la República no tiene un reconocimiento, o mención expresa, a los mayores. En el ámbito internacional, una de las principales críticas que se hace a la positivización de la protección del adulto mayor es que se le reconocen diversos derechos, pero estos tienen una limitada eficacia interna, como también que tiene un escaso desarrollo interno, no logrando producir un estatuto orgánico, generando un desorden normativo⁴¹. En ese sentido llama poderosamente la atención el poco interés que este específico grupo genera en las distintas especialidades jurídicas⁴².

Nuestra situación no dista mucho de lo que ha sido el desarrollo de la región. A partir del año 1980, particularmente desde la puesta en marcha del Plan de Acción de Viena, las condiciones mejoraron en todo el mundo y Chile no fue la excepción. El marco jurídico actual que protege a las personas mayores en Chile se compone de 4 leyes y 8 decretos⁴³. Se destaca la Ley que crea el Servicio Nacional del Adulto Mayor y la Ley de Violencia Intrafamiliar. Son

40 Villarreal (2005), p. 20.

41 Lathrop (2009), p. 99.

42 De Hoyos (2010), p. 252.

43 [Disponible en: <http://www.senama.gob.cl/presupuesto-senama-leyes-convenios>]. [Fecha de consulta: 23 de febrero de 2018].

en total 12 normas⁴⁴, aunque nosotros sumaríamos el Decreto N.º 510 del año 2008, que aprueba el reglamento para la internación de las personas con enfermedades mentales y de los establecimientos que la proporcionan, esto a partir de ciertos procedimientos que contiene el decreto y que son bastante utilizados para salvaguardar la integridad de adultos mayores que padecen patologías mentales.

En orden de antigüedad, la Ley N.º 19.418 de 1997, sobre juntas de vecinos y demás organizaciones comunitarias, regula, según su artículo primero, “[I]a constitución, organización, finalidades, atribuciones, supervigilancia y disolución de las juntas de vecinos y de las demás organizaciones comunitarias se regirán por esta ley y por los estatutos respectivos [...]”. No hace referencia directa a las personas mayores, sin perjuicio de que una de las principales formas de organización de los adultos mayores en nuestro país se verifica a través de los clubes de adulto mayor, que dependen de las unidades vecinales. Es ahí donde, muchas veces, se visibilizan sus necesidades más elementales y donde primeramente acuden por ayuda, apoyo o contención, por lo que las organizaciones comunitarias juegan un rol importantísimo, particularmente en su devenir.

Luego, la Ley N.º 19.828 del año 2002, que crea el Servicio Nacional del Adulto Mayor, en su artículo 2 declara: “Créase el Servicio Nacional del Adulto Mayor, en adelante el Servicio, como servicio público, funcionalmente descentralizado, dotado de personalidad jurídica y de patrimonio propios, sometido a la supervigilancia del presidente de la República, a través del Ministerio de Planificación [...]”. Comenzó a funcionar el 2 de enero de 2003 y sus objetivos esenciales son velar por la plena integración de la persona mayor a la sociedad; protegerla ante el abandono y la indigencia; hacer valer los derechos que la Constitución y las leyes le reconocen y velar por su no discriminación ni marginación⁴⁵. Senama tiene funciones bastante definidas como son fomentar el envejecimiento activo y el desarrollo de servicios sociales para las personas mayores, fortalecer su participación y valoración en la sociedad junto también con el diseño, implementación y evaluación de políticas, planes y programas⁴⁶. Lo anterior se ha ido

44 Ley N.º 19.828 del año 2002 que crea el Servicio Nacional del Adulto Mayor, Ley N.º 19.418 de 1997 sobre juntas de vecinos y demás organizaciones comunitarias, Ley N.º 20.066 del año 2005 sobre violencia intrafamiliar, Ley N.º 20.500 del año 2011 sobre asociaciones y participación ciudadana en la gestión pública, Decreto N.º 49 del año 2011 que establece el reglamento que regula el programa de vivienda protegida para adultos mayores, Decreto N.º 92 del año 2003 que aprueba el reglamento del comité consultivo del adulto mayor, Decreto N.º 93 del año 2003 que aprueba reglamento del registro de prestadores de servicios remunerados o no a adultos mayores, Decreto N.º 94 del año 2003 que aprueba reglamento del registro de asociaciones de adultos mayores, Decreto N.º 95 del año 2003 aprueba reglamento de los comités regionales para el adulto mayor, Decreto N.º 115 del año 2003 que aprueba reglamento del fondo nacional del adulto mayor, Decreto N.º 14 del año 2010 que aprueba reglamento de establecimientos de Larga Estadía para Adultos Mayores, Decreto N.º 8 del año 2008 que crea consejos asesores regionales de mayores.

45 Huenchuan (2016), p. 152.

46 Huenchuan (2016), p. 161. Es así como a partir de la página 165, se señala y explican los 11 programas que dependen de Senama y que se establecen en base a tres ejes motores (promoción, dependencia y protección de derechos).

alcanzando con la puesta en marcha de programas e instituciones que la misma ley establece y crea, como por ejemplo el Comité Consultivo o el Fondo Nacional del Adulto Mayor.

Respecto a la Ley N.º 20.066 del año 2005 sobre violencia intrafamiliar, su objetivo, según el artículo 1, es “prevenir, sancionar y erradicar la violencia intrafamiliar y otorgar protección a las víctimas de la misma”. Desde octubre de 2005 actúa sancionando los actos constitutivos de violencia intrafamiliar, trazado en el artículo 5, entendido como todo maltrato que afecte la vida o la integridad física y psíquica de una persona que tenga cierto grado de parentesco con el posible agresor. También se buscó prevenir, sancionar y erradicar el riesgo de verse expuesto a maltrato constitutivo de violencia intrafamiliar y se estableció un delito especial llamado maltrato habitual en su artículo 14⁴⁷. Esta norma está complementada con lo establecido en el Título IV, párrafo segundo, de la Ley N.º 19.968 que crea los Tribunales de Familia. Desde los artículos 81 y ss. se establecen normas de procedimiento respecto a la violencia intrafamiliar. No fue hasta el año 2010, con las modificaciones establecidas por la Ley N.º 20.427⁴⁸, que añade algunas agregaciones que buscaron dar reconocimiento a ciertos grupos vulnerables, entre ellos las personas mayores. Dichas modificaciones fueron útiles, considerando que previamente no había otra vía. Esto no ha sido suficiente ya que es necesario una ley integral, que considere para estos casos un procedimiento especial que busque proteger a los adultos mayores. Volveremos sobre esto más adelante.

La Ley N.º 20.500 del año 2011 sobre asociaciones y participación ciudadana en la gestión pública. Esta ley de carácter general busca proteger el derecho a asociarse libremente, tal cual lo reconoce nuestra carta fundamental en el artículo 19 N.º 15⁴⁹. Establece ciertos requisitos, como es la consecución de fines lícitos, define organización de interés público⁵⁰ y, en general, establece la reglamentación necesaria para la generación y existencia de estas asociaciones. No hace ninguna alusión específica a las personas mayores. Finalmente, existen 8 decretos que regulan las materias que nuestro ordenamiento considera como parte del marco jurídico existente que protege a las personas mayores. Estos decretos, en su mayoría, tienen por objeto dar efectiva aplicación a todas las instituciones, organismos, comités, asociaciones, fondos, etc., que crea el Servicio Nacional del Adulto Mayor (Ley N.º 19.828)⁵¹.

47 Esta situación cambió con la promulgación de la Ley N.º 21.013.

48 Promulgada y publicada el año 2010.

49 Artículo 19 N.º 15, Constitución Política de la República de Chile.

50 Son personas jurídicas sin fines de lucro cuya finalidad es la promoción del interés general, en materia de derechos ciudadanos, asistencia social, educación, salud, medioambiente o cualquiera otra de bien común, en especial las que recurran al voluntariado y que estén inscritas en el catastro que establece el artículo siguiente.

51 Los Decretos N.º 49, 92, 93, 94, 95 y 115 tenían ese objetivo, buscando dar aplicación a las instituciones y organismos que creó la Ley N.º 19.828. Solo se alejan de aquello los Decretos N.º 115 y el 8.

Creemos, con certeza, que hoy Chile cuenta con una institucionalidad específica y responsable de las políticas dirigidas hacia la población adulta mayor con Senama, coordinando, gestionando y ejecutando una serie de programas que apuntan al objetivo general de reconocimiento y realización de sus derechos⁵². El problema lo encontramos en que Senama no tiene facultades específicas de defensa jurídica de estas personas. En la mayoría de los casos el marco jurídico protector, entre ellos la ley en comento, no cuenta con una ley integral dirigida a las personas mayores, por lo que se rige por normas generales, tanto constitucionales como legales y reglamentarias⁵³.

4. Principios rectores sobre los derechos de las personas mayores

Para dar respuestas a la problemática planteada, nos posicionaremos en el ámbito del derecho privado. Particularmente, utilizaremos algunos criterios encontrados en la legislación que protege a la infancia para conseguir nuestro objetivo.

Respecto a la conformación de la CIDHPM fue necesario tomar en consideración otras normas internacionales de derechos humanos. En cuanto a nuestro juicio, se genera un proceso parecido pues reconoce distintos derechos que ya existían en otros instrumentos internacionales en la materia y se aplicaron al contexto de la infancia. Es así como de esta Convención emanan derechos paradigmáticos como el nombre y la nacionalidad junto con el derecho a preservar la identidad del niño, opinión del niño, protección contra los malos tratos, derecho de los niños impedidos, pertenecientes a minorías o pueblos indígenas, refugiados y en condición de ser adoptados, protección del nivel de vida de los niños, y así una serie de derechos que vinieron a remecer el escenario preestablecido en esa época. Pero el que generó un impacto por sobre los otros, a lo menos manifiesto en la legislación chilena, fue el derecho/principio del interés superior del niño.

En el concierto interamericano este principio es ampliamente reconocido y utilizado. En 2013, el Comité de los Derechos del Niño adoptó, el 29 de mayo, la observación general N.º 14, sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial⁵⁴. El profesor Pinochet sostiene que este principio ha tenido una incorporación paulatina, pasando de ser inexistente a tener el carácter de implícito y actualmente tener una consagración expresa⁵⁵. En esta línea podemos encontrar autores que dan conceptos más concretos respecto a qué entienden por este principio, como es el caso del profesor Lepin, dando cuenta que el

52 Huenchuan (2016), p. 173.

53 Huenchuan (2016), p. 173.

54 Pinochet (2015), p. 905.

55 Pinochet (2015), p. 905.

interés superior del niño supone garantizar el bienestar de los hijos de la mejor forma posible con pleno a sus derechos fundamentales⁵⁶. Particularmente se refiere a la aplicación que debería realizar el juez de familia en el caso concreto de una acción de cuidado personal, interpretando correctamente el sentido del principio. Son estas ideas las que han establecido que este principio se convirtiera en uno de los mecanismos para avanzar en considerar al interés del niño como un interés que deba ser públicamente y, por consecuencia, jurídicamente protegido⁵⁷.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) se ha pronunciado en varias ocasiones respecto al tema a través de la elaboración de sus informes temáticos relativos a materias que involucran infancia y, por consiguiente, al interés superior del niño. En el año 2009 declaraba que en el interés superior del niño debía entenderse la efectividad de todos y cada uno de sus derechos humanos⁵⁸. En el año 2013 señala que a este principio se le concede un valor general orientador de la interpretación y aplicación de todas las disposiciones de la CIDH⁵⁹. La Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) también se ha referido a este principio interpretándolo, estableciendo ciertos criterios y estándares para entenderlo y aplicarlo. Así es el caso de 3 sentencias que me permito utilizar para efectos explicativos. La primera de ellas es *Bulacio vs. Argentina*, que en la sentencia declara que “cuando se trata de la protección de los derechos del niño y de la adopción de medidas para lograr dicha protección, rige el principio del interés superior del niño, que se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades”⁶⁰. En segundo lugar, tenemos a *Fornerón e hija vs. Argentina*, que indica que “respecto del interés superior del niño, la Corte reitera que este principio regulador de la normativa de los derechos del niño se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades [...]”⁶¹. Por último, un caso de alta connotación pública en nuestro país, *Atala Riffo y niñas vs. Chile*, ha señalado que “en relación al interés superior del niño, la Corte reitera que este principio regulador de la normativa de los derechos de las niñas y los niños se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños y las niñas, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades”⁶².

56 Lepin (2014), p. 30.

57 Cillero (1999), p. 52.

58 CIDH (2009), p. 9.

59 CIDH (2013), p. 68.

60 Corte IDH, *Caso Bulacio vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 18 de septiembre de 2003, párr. 134.

61 Corte IDH, *Caso Fornerón e hija vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 27 de abril de 2012, párr. 49.

62 Corte IDH, *Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 24 de febrero de 2012, párr. 108.

Como efecto tangible de esto, en la legislación chilena nos hemos enfrentado a un cambio paulatino en la normativa⁶³, viendo cómo especialistas en Derecho de Familia y Derecho de la Infancia, inspirados en el proceso de constitucionalización del derecho, han iniciado un camino en el que, realizando un análisis dogmático relacionado directamente con principios, normas y precedentes constitucionales, llegan a afirmar que la constitucionalización del Derecho de Familia transformó esta rama del derecho⁶⁴. En ese contexto, comienza la implementación de la CIDN a través del Decreto N.º 830⁶⁵, siendo el punto de partida para que este principio comenzara a permear todo el ordenamiento correspondiente al Derecho de Familia chileno, que lo ha recogido en distintas normas. Dentro de este espectro podemos distinguir distintas leyes donde encontramos expresamente reconocido el principio referido.

Así se ha visto su impacto en la jurisprudencia nacional. En la justicia constitucional chilena podemos encontrar, desde 1973 a 2016, 61 fallos dictados en materia de Familia. 9 sentencias recaídas en control de constitucionalidad de las leyes y 52 fallos en virtud del control concreto de constitucionalidad autorizado por el art. 93 N.º 6 de nuestra Constitución⁶⁶. La profesora Lathrop distingue 52 fallos en el ámbito del control concreto y los divide por materias⁶⁷. A nuestro juicio, el interés superior del niño es aplicado en todos los fallos analizados en la citada investigación, referentes a las materias que dicen relación directa con la situación de niños en el seno familiar⁶⁸.

63 Como ejemplo de esta evolución legislativa podemos referir normas paradigmáticas que pusieron de manifiesto este cambio de la legislación de familia chilena, orientado a reconocer el valor del derecho internacional de los derechos humanos. Solo por nombrar algunas que nos parecen de gran importancia: Decreto Ley N.º 328 del 12 de marzo de 1925, modificado por la Ley N.º 5.521 del 19 de diciembre de 1934, introduce el patrimonio reservado de la mujer casada en sociedad conyugal; Ley N.º 5.343, que entró en vigencia el 6 de enero de 1934, incorporando la institución de la adopción en Chile; Ley N.º 10.271 de 2 de abril de 1952, introduce limitaciones a la administración del marido en la Sociedad Conyugal; Ley N.º 16.618 de 08 de marzo de 1967, estableciendo la Ley de Menores (derogada por la Ley N.º 19.968 de 30 de agosto de 2004, que crea los Tribunales de Familia); Ley N.º 18.802 de 9 de junio de 1989, la mujer casada en sociedad conyugal pasa a ser absolutamente capaz; Ley N.º 19.325 de 27 de agosto de 1994 (modificada posteriormente por la Ley N.º 20.066 de 7 de octubre de 2005), viene a regular la violencia al interior de la familia; Ley N.º 19.585 de 26 de octubre de 1998, pone fin a la discriminación entre los hijos nacidos en el matrimonio o fuera de este; Ley N.º 19.968 que crea los Tribunales de Familia; Ley N.º 19.947 publicada en el Diario Oficial el 17 de mayo de 2004, entrando en vigencia el 18 de noviembre de 2004 y que vino a derogar la Ley de matrimonio civil de 1884 (dentro de sus mayores aportes es la incorporación del divorcio vincular a nuestra legislación); y, por último, podemos nombrar la Ley N.º 20.680 del 21 de junio de 2013 y N.º 20.830 de 21 de abril de 2015.

64 Lathrop (2017), p. 335

65 Publicado en el Diario Oficial el 27 de septiembre de 1990.

66 Lathrop (2017), p. 337.

67 Lathrop (2017), p. 338.

68 Acciones de filiación, cuidado personal, alimentos, adopción, relación directa y regular, etc. También ver CIDH (2009), p. 9.

La Corte Suprema chilena también ha utilizado este principio para fundar sus decisiones, como es el caso de la causa Rol N.º 5929-2008⁶⁹, en que rechaza un recurso de amparo interpuesto en contra del juez del Primer Juzgado de Familia de Santiago, por decretar orden de arresto en contra de la madre que ha impedido el cumplimiento del régimen regular establecido entre el hijo en común y su progenitor. A modo de opinión personal, podemos decir que algunos jueces de Familia y consejeros técnicos utilizan mucho como herramienta retórica el interés superior del niño, sin verse plasmado en los fallos respectivos.

5. Derechos prioritarios de reconocer

Íntimamente relacionados con los derechos emergentes, entregaremos una propuesta fundada en la investigación y la práctica forense del autor, teniendo como sustento de esta propuesta los instrumentos internacionales de derechos humanos analizados, con preferencia evidente de la CIDHPM.

Primero, consideramos debiese instaurarse como principio de interpretación y piedra angular del nuevo sistema chileno de protección de la vejez, tal cual como sucede con el interés superior del niño en materia de infancia, un equivalente que diga relación con el interés, la dignidad y, por supuesto, la protección del adulto mayor. El principio llamado para estos efectos “dignidad de la vejez o de la persona mayor” tendría que ser el punto de partida para el cambio estructural que debe generarse, y debiese concedérsele “un valor general orientador de la interpretación y aplicación de todas las disposiciones de la Convención”⁷⁰. Nos basamos en dos fuentes de derecho internacional que refieren expresamente a la dignidad⁷¹. El primero serían los Principios de las Naciones Unidas a favor de las Personas de Edad, el que señala en los párrafos 17 y 18 a la dignidad como principio. El segundo la CIDHPM, que tiene el carácter de vinculante, y que en su artículo 3 establece como principio la dignidad, sumando a ello en su artículo 6 el derecho a la vida y la dignidad de la vejez. Sin entrar en pormenores, pensamos que estas dos normas, sobre todo la segunda, podrían servir para que el legislador nacional, al instaurar una ley integral, pudiese establecer expresamente el reconocimiento al principio de “dignidad de la vejez y de la persona adulta mayor” a efectos que este influyese y fuese el motivo de los cambios que se avizoran y necesitan.

69 Excelentísima Corte Suprema de Justicia, Rol N.º 5929-2008, 29 de septiembre de 2008. El fallo señala: “Consta en autos que la medida de apremio decretada por la Juez de Familia obedece a motivos justificados consistente en el incumplimiento permanente por parte de la recurrente del régimen comunicacional decretado, adoptada por un plazo razonable, dispuesta por la autoridad y con las facultades que le concede la ley, teniendo en consideración el interés superior del niño que conduce a mantener un contacto directo y permanente con sus padres”.

70 Esta cita ya fue utilizada en páginas anteriores y fue extraída de un informe de la CIDH que data de 2013. En dicho informe se entrega esta afirmación en torno al interés superior del niño, idea que nosotros creemos debiese ser el valor que se le diera a este principio informador que se plantea como propuesta.

71 Sin perjuicio a que en todos los instrumentos analizados existe algo que dice relación con este principio informador.

5.1. EJERCICIO DEL DERECHO A DEMANDAR ALIMENTOS

En esta materia nos encontramos con un gran problema en torno a la persona mayor. Esta situación no tiene un solo origen, y no es nuestro objetivo tampoco enfrentarlos todos, pero es claro que el envejecimiento multigeneracional, sumado al deficiente sistema previsional, genera que los más jóvenes de la familia se conviertan en proveedores⁷². Y enfrentados a esa realidad, el ordenamiento jurídico no está al tanto de aquello, sin perjuicio a que en el artículo 223 del Código Civil chileno establece expresamente que el hijo queda “siempre obligado a cuidar de los padres en su ancianidad, en el estado de demencia, y en todas las circunstancias de la vida en que necesitare auxilio”. A su vez, reconoce un orden de prelación respecto de a quiénes se deben alimentos. El artículo 321 N.º 3 establece a los ascendientes, que para el caso particular pudiesen ser los padres u otro familiar que tuviera la calidad de adulto mayor. De ese modo, la misma norma en su artículo 323 intenta dar un concepto de alimentos y señala los eventuales sujetos de este derecho, así también en los casos particulares que señala el artículo 332, pero en ninguna situación siquiera considera a los adultos mayores de manera expresa.

El derecho a demandar alimentos es personalísimo, una de las características que se desprende de esto es su calidad de intransferible⁷³, cuestión de vital importancia en la realidad de la persona mayor y su eventual situación de deterioro que no permite iniciar los procesos correspondientes para exigir este derecho⁷⁴. Debemos recordar que las reglas comunes de la capacidad, artículo 1445 y ss. del Código Civil, es la normativa aplicable. Por lo tanto, mientras este adulto mayor se encuentre en estado de necesidad y de requerir alimentos, y no esté sometido a declaración judicial de interdicción ninguna (sin tutor o curador), se vería absolutamente impedido de ejercer este derecho representado por otra persona que velara por sus derechos.

Existen dos leyes especiales que se refieren a la materia de alimentos: la primera es la Ley N.º 14.908⁷⁵, sobre abandono de familia y pago de pensiones de alimentos, y la segunda es la Ley N.º 19.968⁷⁶ que crea los Tribunales de Familia. Constatamos el mismo problema que tiene el Código Civil, ya que la ley está orientada absolutamente a presumir que el alimentario tiene por regla general la calidad de hijo, y nunca se pone en otra posición. Por lo tanto, nuestra primera propuesta es que las normas referentes al derecho de alimentos deben considerar expresamente que el alimentario puede y debe ser persona mayor. Pero enfrentado al problema particular, ¿de qué manera puede exigir los alimentos? La Ley N.º 19.968 creemos nos

72 Davobe y Di Tullio (2015), p. 8.

73 Ramos (2005), p. 156.

74 Recordemos que al Ley N.º 19.968 exige, en su artículo 106, mediación obligatoria para causa de alimentos.

75 Ley N.º 14.908 de 1962.

76 Ley N.º 19.968 de 2004.

entrega la solución⁷⁷. En el artículo 19 trata la representación en el contexto de asuntos que se vean involucrados intereses de niños, niñas y adolescentes e incapaces, y en el último inciso se establece una ficción o regla especial en torno a la representación de los hijos mayores de edad, legalmente capaces, pero que vivan con sus padres⁷⁸. Esta ficción, en la que se le permite al padre o madre con quien viva el hijo mayor de edad realizar las gestiones más elementales y necesarias en el contexto de una acción de alimentos, es la que debiese extenderse para la persona mayor que viva con su cónyuge, alguno de sus hijos o cualquier familiar hasta cierto grado de parentesco, para que lo representase en la acción de “demandar, cobrar [y] percibir alimentos”. Esto no supliría el proceso de interdicción que es lo que la ley establece para que una persona legalmente capaz dejase de serlo enfrentado a alguna inhabilidad sobreviniente, pero la modificación que nosotros proponemos a lo menos pondría al mismo nivel de importancia que tienen los hijos mayores de edad que son legalmente capaces, pero que la ley les atribuye una circunstancia especial, a los adultos mayores⁷⁹. Y esto pensado y teniendo en cuenta el principio de la “Dignidad del Adulto Mayor”.

Finalmente, este cambio estaría fundado en las obligaciones que nuestro país contrajo al ratificar la CIDHPM, en particular en los artículos 5 y 6, pero por sobre todo el derecho de acceso a la justicia consagrado en el artículo 31, que en su segundo párrafo da cuenta que “los Estados Parte se comprometen a asegurar que la persona mayor tenga acceso efectivo a la justicia en igualdad de condiciones con las demás, incluso mediante la adopción de ajustes de procedimiento en todos los procesos judiciales y administrativos en cualquiera de sus etapas”.

5.2. MALTRATO CONSTITUTIVO DE VIOLENCIA INTRAFAMILIAR

Al ser el maltrato en contra de adultos mayores uno de los descubrimientos más tardíos en el contexto de la violencia intrafamiliar o doméstica, no cuenta con un cuerpo científico como el de los niños o las mujeres⁸⁰. La resolución de Naciones Unidas 46/91 que establecía los Principios de las Naciones Unidas a favor de las personas de edad, al referirse a la dignidad, en el párrafo 17, señala “que deberán poder vivir con dignidad y seguridad y verse libres de explotaciones y de malos tratos físicos o mentales”. Luego, el Plan de Acción Internacional

77 Declarar la interdicción en el Tribunal de Civiles competente.

78 Inciso final del artículo 19: “En los casos del inciso segundo del artículo 332 del Código Civil, aquél de los padres en cuyo hogar vive el alimentario mayor de edad se entenderá legitimado, por el solo ministerio de la ley, para demandar, cobrar y percibir alimentos de quien corresponda, en interés del alimentario, sin perjuicio del derecho de éste para actuar personalmente, si lo estima conveniente. Si el alimentario no actúa personalmente se entenderá que acepta la legitimación activa del padre o madre junto a quien vive”.

79 Encontramos una situación similar al establecido en el artículo 19 de la Ley N.º 19.968, en el artículo 17 de la Ley N.º 18.600 que establece normas sobre deficientes mentales.

80 Iborra (2010), p. 13.

de Madrid sobre envejecimiento⁸¹, estableciendo medidas para la eliminación de todo tipo de maltrato y violencia en contra de las personas de edad⁸², novedoso para la época, aunque aún insuficiente. Un concepto más completo lo entrega el Centro Reina Sofía de España, quienes definen el maltrato de personas mayores como “cualquier acción no accidental que dañe o pueda dañar a una persona mayor; o cualquier omisión que prive a un anciano de la atención necesaria para su bienestar, y así como cualquier violación a sus derechos. Para que estos hechos se tipifiquen como maltrato deben ocurrir en el marco de una relación interpersonal donde exista una expectativa de confianza, cuidado, convivencia o dependencia [...]”⁸³. Dentro de esta idea se reconocen distintos tipos como son el maltrato físico, psicológico, la negligencia, el abuso económico y el abuso sexual⁸⁴. Y así, hoy la CIPDHPM establece sus propios conceptos respecto al tema, intentando dar respuesta a años de inexactitud y falta de certeza.

El artículo 2 de la CIPDHPM define abandono y maltrato, comprendiendo como acción u omisión que ponga en peligro o dañe su vida, integridad física, psíquica o moral. En el último caso entiende que es independiente de una relación de confianza. En el artículo 9 señala un concepto amplio de violencia que comprende la muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la persona mayor, entendiendo distintos tipos de abuso, incluso el financiero y patrimonial.

En Chile solo contamos con el procedimiento de violencia intrafamiliar para proteger casos de maltrato ejercidos en contra de personas mayores. La Ley de Violencia Intrafamiliar no tuvo como objetivo original dar una protección especial a las personas mayores, ya que solo a través de la Ley N.º 20.427⁸⁵ modifica “la Ley N.º 20.066, de violencia intrafamiliar, y otros cuerpos legales para incluir el maltrato del adulto mayor en la legislación nacional”, y también modifica la Ley N.º 19.968 en lo pertinente, intentando entregarle protección de forma preferente, pero tremendamente insuficiente, más allá que para la época en que se realizó la modificación pueda haber sido un cambio significativo.

Las modificaciones a los artículos 3, 5 y 7 de la Ley N.º 20.066 reconocen, en primer lugar, el rol del Estado a efectos de adoptar políticas que prevengan la violencia intrafamiliar en

81 Por primera vez un instrumento de este tipo se hace cargo del maltrato ejercido contra el adulto mayor. Lathrop (2009), p. 97.

82 Establece en el párrafo 107: “El abandono, el maltrato y la violencia contra las personas de edad pueden adoptar muchas formas física, psicológica, emocional, financiera y se producen en todas las esferas sociales, económicas, étnicas y geográficas [...]”. En el párrafo 108 declara: “Las mujeres de edad corren mayor riesgo de ser objeto de maltrato físico y psicológico debido a las actitudes sociales discriminatorias y a la no realización de los derechos humanos de la mujer. Algunas prácticas tradicionales y costumbres perjudiciales se traducen en malos tratos y violencia contra las mujeres de edad, situación que suele verse agravada por la pobreza y la falta de acceso a la protección de la ley”.

83 Iborra (2010), p. 15.

84 Iborra (2010), pp. 16, 17, 18 y 19.

85 Ley N.º 20.427 de 2010.

contra de personas mayores; también que el maltrato es constitutivo de violencia intrafamiliar cuando recae sobre un adulto mayor; y, por último, se establece una preferencia en la cautela que deben tomar los Tribunales de Familia respecto a situaciones de violencia intrafamiliar que afecten a personas en situación de vulnerabilidad, sobre todo las personas mayores. Respecto a la Ley N.º 19.968, se agrega al artículo 92 la posibilidad de establecer por el Tribunal “medidas de protección” para personas mayores y define abandono, entregándole la facultad al Tribunal de Familia competente para que decreta, si fuese necesario, la internación a un hogar o institución a la persona mayor que se encuentre en la situación descrita.

Lo anterior ha generado, desde el punto de vista que la práctica forense le ha dado al autor, un sinnúmero de problemas para concretar una verdadera protección. El primero de ellos es que la modificación al artículo 5 solo incorporó a la persona mayor, entre otros individuos en condición de vulnerabilidad, dentro del supuesto de maltrato constitutivo de violencia intrafamiliar. Pero no se actualizó el concepto de maltrato, por lo que hasta el día de hoy es constitutivo de violencia intrafamiliar el que afecta la vida o la integridad física o psíquica de quien tenga o haya tenido ciertas relaciones de parentesco con el ofensor o eventual victimario, dejando fuera cualquier otro tipo de maltrato que también pudiese, y debiese, ser considerado violencia intrafamiliar, como la violencia sexual, económica o patrimonial, dándole a estos temas un tratamiento común mediante la legislación correspondiente.

El segundo problema lo encontramos con la modificación del artículo 92 de la Ley N.º 19.968. Cuando en el numeral 8 dice que el juez deberá establecer medidas de protección, al parecer las confunde con medidas cautelares, ya que en el párrafo siguiente señala su duración dentro de la solicitud realizada en un procedimiento de violencia intrafamiliar. Los Tribunales de Familia de Santiago no aplican medidas de protección a favor de personas mayores, sino que establecen medidas cautelares en virtud de su potestad cautelar, medidas que por su naturaleza son eminentemente provisorias. Tendemos a pensar que ningún Tribunal podría aplicar una medida de protección al tenor de este artículo, porque nadie sabe lo que son, al no estar definida en ningún documento ni ley.

El tercer problema se genera cuando el juez de Familia decreta la internación en una institución u hogar reconocido por la autoridad competente. Hay que reiterar que las únicas instituciones que podrían cumplir con esa función son los Eleam, y públicos solo existen 12 en todo el país. Hoy es prácticamente imposible que ese tipo de medidas se concreten, a menos que la familia o la persona mayor cuente con los medios para pagar el costo de la institución, lo que atendido a la realidad económica y previsional de los adultos mayores en nuestro país parece impracticable.

La primera solución que identificamos es modificar el concepto de violencia, en particular el maltrato que constituye violencia intrafamiliar. Esto se lograría ampliando la definición de maltrato, del artículo 5 de la Ley N.º 20.066, a todos los conceptos que la CIDHPM ha establecido⁸⁶. El reconocimiento implicaría que los hechos constitutivos de violencia intrafamiliar recojan en el más amplio espectro todo tipo de maltrato que afecte a la persona mayor en todas las esferas de su vida, incorporando conceptos como abandono, negligencia y violencia. Por otro lado, la medida de protección debe concretarse en un procedimiento especial, distinto al procedimiento de violencia intrafamiliar y al de medidas de protección a favor de los niños, niñas y adolescentes.

Para terminar, el tema del maltrato no se agota en la violencia intrafamiliar. El maltrato tiene distintos orígenes, responsables y sobrepasa por lejos las relaciones de parentesco. Respecto a este tema nuestra legislación ha comenzado un proceso de actualización a los estándares internacionales, por lo que se hace necesario considerar un procedimiento que proteja del maltrato, que no sea constitutivo de violencia intrafamiliar a las personas mayores.

5.3. MALTRATO NO CONSTITUTIVO DE VIOLENCIA INTRAFAMILIAR

La CIDHPM reconoce el derecho a la seguridad y a la vida sin ningún tipo de violencia o maltrato. La definición de ambos conceptos no indica quién puede ser el sujeto activo de este maltrato, por lo que concluimos que este puede ser generado por un tercero, un familiar, instituciones privadas o públicas, y en general cualquier tipo de maltrato estructural⁸⁷. Tenemos claro que el maltrato que proviene de una persona con cierto grado de parentesco se califica como violencia intrafamiliar. Ahora nos toca hacernos cargo del maltrato o violencia que no lo es.

Dicho lo anterior, ¿existe algún acercamiento de nuestra legislación al tema? Pues en el año 2017, a través de la Ley N.º 21.013⁸⁸ que modifica el Código Penal, se tipifica un nuevo delito de maltrato, “aumentando la protección de personas en situación especial”. En lo medular, y a nuestro juicio más importante, no innova y tipifica un nuevo delito asociado al maltrato corporal de ciertos grupos vulnerables, entre ellos los adultos mayores, sumando que

86 Conceptos definidos por la CIDHPM como abandono, negligencia y violencia contra la persona mayor.

87 El maltrato estructural abarca el ámbito sociocultural, entendiéndose por tal el entorno más cercano del adulto mayor tanto como el espacio público donde se vincula con otros grupos etarios. El ámbito jurídico, donde el principal problema lo encontramos en que la normativa no se adecúa al envejecimiento de la población, junto con tener una dispersión normativa que en nada ayuda para el conocimiento y ejercicio de los derechos de los adultos mayores. Y finalmente tenemos el económico, donde tener una población longeva genera un impacto económico a través de los gastos en salud y de la respuesta de los sistemas previsionales que no logran responder sus necesidades, entre otros. En Riveros *et al.* (2017), pp. 165, 166 y 167.

88 Ley N.º 21.013 de 2017.

las personas que, “teniendo un deber especial de cuidado o protección sobre estas personas las maltratare corporalmente de manera relevante o no impidiere su maltrato debiendo hacerlo”, serán sancionadas con las penas respectivas. Si bien es un gran avance en la protección del maltrato que afecta a los adultos mayores, pone énfasis en aquel que es producido por las personas que tienen a su cargo el cuidado de ellos. Situación bastante común respecto a los llamados “cuidadores”, identificando ciertas circunstancias, incluso condiciones de carácter cuasipatológicas, para explicar el maltrato originado por estos sujetos que tienen bajo su cuidado a personas mayores⁸⁹.

A todas luces estos avances no son suficientes, no llevan a una verdadera protección de las personas mayores, y eso es expresamente contrario al artículo 31 de la CIDHPM que reconoce el derecho de acceso a la justicia y que exige a los Estados modificar sus legislaciones, estableciendo que las actuaciones judiciales deben tener carácter de “expeditas” cuando está en riesgo su vida y su salud. La Convención establece también que deben garantizarse un “tratamiento especial” en un “plazo razonable” para las debidas actuaciones. Ninguna de estas exigencias se cumple con la modificación de la Ley N.º 21.013, dado los procesos de investigación que llevan a cabo las Fiscalías a efectos de cumplir con su rol persecutor. La calidad de persona vulnerable requiere necesariamente una intervención rápida, expedita y protectora. Por esta razón, nuestra propuesta para dar solución al maltrato no constitutivo de violencia intrafamiliar es crear un procedimiento de protección, al tenor de lo señalado por el artículo 92 N.º 8 de la Ley N.º 19.968, similar en algunos aspectos a los procedimientos de aplicación de medidas de protección de los derechos de niños, niñas y adolescentes⁹⁰.

Si se acepta a las personas mayores como grupo vulnerable, y se tienen en cuenta justamente los parámetros que la Convención hoy exige, consideramos que los Tribunales que dan mayores garantías para cumplir con estos estándares son los Tribunales de Familia y, en el caso particular de Santiago, que esto sea visto por la unidad administrativa llamada Centro de Medidas Cautelares⁹¹.

Nuestra propuesta no inhibe a las Fiscalías en su rol persecutor, ni menos invade la competencia penal. Lo que planteamos es un procedimiento proteccional que garantice los principios y derechos consagrados por la CIDHPM, y que pueda llevarse en paralelo a cualquier persecución que deba realizarse por la eventual comisión de algún delito asociado al maltrato

89 En Abusleme y Caballero (2014), pp. 158 y 159, se plantean situaciones como la desventaja, aprendizaje y aislamiento social de los adultos mayores y de los respectivos cuidadores, junto con la dependencia por discapacidad y el ya ciertamente famoso estrés del cuidador.

90 Título IV, párrafo primero, artículos 68 al 80 de la Ley N.º 19.968.

91 Creado a través de la dictación del auto acordado, acta N.º 135-2010, promulgado el 03 de septiembre de 2010 y publicado el 14 de septiembre del mismo año.

o violencia. En este contexto, si se evidencia algún posible delito se remiten los antecedentes a la Fiscalía respectiva para que se investiguen, sin necesidad que esto implique que el juez de Familia deje de conocer del asunto, sino más bien se intenta lograr mayor ámbito de protección. Así también debiese poder hacerse con los adultos mayores que se ven maltratados por personas que no tienen ningún grado de parentesco, imposibilitándose entonces ser enfrentados a un procedimiento de violencia intrafamiliar, y que hoy no tienen ninguna sanción o respuesta judicial rápida y efectiva que inhiba a los menos sus actos maltratadores.

6. Conclusiones

La figura de la persona mayor en la historia ha ido perdiendo su importancia hasta quedar reducido, neutralizado e invalidado. Incluso dentro de las mismas agrupaciones sociales que se reconocen con necesidades especiales o vulnerables, toman un rol secundario e invisible. La institucionalidad, los distintos poderes del Estado y la legislación así nos lo demuestran, dando poco valor al trato que debe dársele. Podríamos concluir que hoy la vejez convierte al ser humano en ciudadano de segunda o tercera clase, consiguiendo privarlo de su dignidad y, por tanto, de todo lo que ello conlleva en su calidad de ser humano.

Pero en ese contexto desolador, actualmente nos encontramos con un instrumento de derechos humanos, el primero en su tipo, que viene a hacerse cargo de los problemas que en la región no pudieron resolver ninguno de los Estados de manera individual, y hoy a través de un esfuerzo mancomunado intentan conseguir que la vida tenga la dignidad que requiere al enfrentarnos a los últimos días de la misma. La CIDHPM viene a romper con esa tibieza con que por largos años se establecían planes de acción, recomendaciones, cartas y declaraciones que aportaban a la academia, pero en que se seguían padeciendo los males intrínsecos de la naturaleza humana al final de la vida. Esta Convención debiese cambiar la realidad de muchos que no tienen demasiado tiempo, pero que por décadas confiaron en que las mentes del continente pudiesen poner de acuerdo a las voluntades políticas y lograr iniciar los cambios que nuestra América Latina pedía a gritos hace ya demasiado tiempo.

Chile toma la posta de los países que buscan el cambio en esta materia, y no solo una mera declaración de principios, inscribiéndose como uno de los primeros en comenzar este proceso que se inicia con la firma, luego la ratificación y hoy en día con la implementación de tamaño tarea. Nuestro país responsablemente, y a sabiendas del retraso que existe en relación con otros países de la región en la materia, busca darle prisa a una tarea titánica pero necesaria. Quizá este proceso pueda ser menos costoso si miramos ejemplos anteriores como lo que ha pasado con infancia, familia y adolescencia, que si bien es cierto tiene marcadas diferencias

también nos ofrece luces de cómo un proceso bien llevado puede tener resultados, más allá de los problemas que en el camino se generen.

Bibliografía citada

Abusleme, M. T. y Caballero, M. (eds.) (2014): *Maltrato a las Personas Mayores en Chile: Haciendo visible lo invisible* (Santiago, Ediciones Servicio Nacional del Adulto Mayor).

Bárceñas, Alicia y Mancera, Miguel Ángel (coords.) (2014): *Autonomía y Dignidad en la Vejez: Teoría y práctica en políticas de derechos de las personas mayores* (Ciudad de México, Naciones Unidas/Cepal).

Cillero Bruñol, Miguel (1999): *Justicia y Derechos del Niño. El Interés Superior del Niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño* (Santiago de Chile, Unicef) pp. 45-62.

Dabove, María I. y Di Tullio Budassi, Rossana G. (2015): “Prestaciones alimentarias en la vejez Multigeneracional: Nuevas consideraciones del derecho argentino”, en *Revista Chilena de Derecho* (Vol. 42, N.º 1), pp. 7-33.

Dabove, M. I. (2016): “Derechos humanos de las personas mayores en la nueva Convención Americana y sus implicancias bioéticas”, en *Revista Latinoamericana de Bioética* (Vol. 16, N.º 1), pp. 38-59.

De Hoyos Sancho, Montserrat (2010): “Los Ancianos como víctimas especialmente vulnerables: Algunas Particularidades Procesales, en Violencia, abuso y maltrato de personas mayores. Perspectiva jurídico-penal y procesal” (Valencia, Edición Tirant lo Blanch) pp. 13-38.

Huenchuan Navarro, Sandra (ed.) (2016): *Envejecimiento e institucionalidad pública en América Latina y el Caribe: conceptos, metodologías y casos prácticos* (Santiago de Chile, Naciones Unidas/Cepal).

Huenchuan Navarro, Sandra (2004): *Marco Legal y de Políticas a favor de las personas mayores en América Latina*, Santiago de Chile: Centro Latinoamericano y Caribeño de Demogra-

fía (Celade, División de Población de la Cepal).

Huenchuan Navarro, Sandra (2016): “Un paso adelante para los derechos humanos. La protección de las personas mayores en América”, en *Anuario de Derechos Humanos* (N.º 12) pp. 225-236.

Iborra Marmolejo, Isabel (2010): “Introducción al Maltrato de Personas Mayores”, en *Violencia, abuso y maltrato de personas mayores. Perspectiva jurídico-penal y procesal* (Valencia, Edición Tirant lo Blanch) pp. 13-38.

Lathrop, Fabiola (2009): “Protección jurídica de los adultos mayores en Chile”, en *Revista Chilena de Derecho* (Vol. 36, N.º 1), pp. 77-113.

_____ (2017): “Constitucionalización y Jurisprudencia Constitucional en el Derecho de Familia Chileno”, en *Estudios Constitucionales* (Año 15, N.º 1), pp. 329-372.

Lepin Molina, Cristián (2014): “Los nuevos principios del Derecho de Familia”, en *Revista Chilena de Derecho Privado* (N.º 24), pp. 9-55.

Medina Quiroga, Cecilia y Nash Rojas, Claudio (2007): *Sistema Interamericano de Derechos Humanos: Introducción a sus Mecanismos de Protección* (Santiago, Facultad de Derecho Universidad de Chile, Centro de Derechos Humanos).

Pinochet Olave, Ruperto (2015): “El Interés Superior del Niño en el marco de la Convención internacional sobre los derechos del niño y su configuración en el derecho civil chileno”, en *Revista Chilena de Derecho* (Vol. 42, N.º 3), pp. 903-934.

Ramos Pazos, René (2005): *Derecho de Familia* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile), quinta edición, tomo II.

Riveros, Carolina y otros (2017): “El maltrato estructural a personas mayores en Chile y la necesidad de formular un índice multidimensional”, en *Revista Universum* (Vol. 32, N.º 2), pp. 163-176.

Villarreal Martínez, Mónica (2005): *La legislación en favor de las personas mayores en América Latina y el Caribe* (Santiago de Chile, Cepal), Serie Población y Desarrollo N.º 64.

Documentos citados

Asamblea Mundial sobre Envejecimiento, en la que se establece el Plan de acción Internacional de Viena sobre el envejecimiento, 26 a 6 de agosto de 1982.

Comisión Económica para América Latina y el Caribe (Cepal) (2017): *Derechos de las personas mayores: retos para la interdependencia y autonomía* (LC/CRE.4/3), Santiago.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2009): *Informe sobre el Castigo Corporal y los derechos humanos de las niñas, niños y adolescentes* (OEA/ Ser. L/V/ II. 135. Doc. 47/15).

Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2013): *Informe derecho del niño y la niña a la familia. Cuidado alternativo. Poniendo fin a la institucionalización en las Américas* (OEA/ Ser. L/V/II. Doc. 54/13.)

Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2014): *Consideraciones sobre la ratificación universal de la Convención Americana y otros tratados interamericanos en materia de derechos humanos* (OEA/Ser. L/V/II.152 Doc. 21).

Estrategia regional de implementación para América Latina y el Caribe del Plan de Acción Internacional de Madrid. Adoptada en el contexto de la Conferencia Regional Intergubernamental sobre envejecimiento, realizada entre los días 19 y 21 de noviembre de 2003, en Santiago de Chile.

Normas jurídicas

Convención Interamericana sobre protección de los Derechos Humanos de las personas mayores. Ratificada y aceptada por Chile con fecha 11 de julio de 2017, depositada el instrumento de ratificación el día 15 de agosto de 2017. Publicada a través del Decreto 162 con fecha 07 de octubre de 2017.

Convención Americana de Derechos Humanos, celebrada entre los días 7 al 22 de noviembre de 1969, en San José, Costa Rica.

Protocolo San Salvador. Adoptado el 17 de noviembre de 1988, en San Salvador, El Salvador.

Principios de las Naciones Unidas a favor de las personas de edad, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1991 - Resolución 46/91.

Declaración Política y Plan de acción internacional de Madrid sobre envejecimiento. Realizado en el contexto de la Segunda Asamblea Mundial sobre Envejecimiento. Madrid, España, 08 al 12 de abril de 2002.

Resolución 47/5, *Proclamación sobre el envejecimiento*, aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 16 de octubre de 1992.

Resolución 67/139, *Hacia un instrumento jurídico internacional amplio e integral para promover y proteger los derechos y la dignidad de las personas de edad*, aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 20 de diciembre de 2012.

Decreto N.º 14, aprueba reglamento de establecimiento de larga estadia para adultos mayores, promulgado el 24 de febrero de 2010, publicado en el Diario Oficial el 05 de agosto 2010.

Ley N.º 14.908, sobre abandono de familia y pago de pensiones alimenticias, promulgada y publicada en 1962. Modificada por la Ley 19.741 de julio de 2001 y por la Ley 20.152 de enero de 2007.

Ley N.º 19.968, crea los Tribunales de Familia, promulgada el 25 de agosto de 2004 y publicada el 30 de agosto de 2004.

Ley N.º 20.066, establece Ley de Violencia Intrafamiliar, promulgada el 22 de septiembre de 2005 y publicada el 07 de octubre de 2005.

Ley N.º 20.427, modifica la Ley 20.066, de violencia intrafamiliar y otros cuerpos legales para incluir el maltrato del adulto mayor en la legislación nacional, promulgada el 10 de marzo de 2010 y publicada el 18 de marzo de 2010.

Ley N.º 21.013, tipifica un nuevo delito de maltrato y aumenta la protección de personas en situación especial, promulgada el 29 de mayo de 2017 y publicada el 06 de junio de 2017.

Jurisprudencia citada

Corte IDH: *Caso Bulacio vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 18 de septiembre de 2003. Serie C No. 100.

Corte IDH: *Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239.

Corte IDH: *Caso Fornerón e hija vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 27 de abril de 2012. Serie C No. 242.

Excelentísima Corte Suprema de Justicia: Rol N.º 5929-2008, rechaza un Recurso Amparo, 29 de septiembre de 2008.