



UNIVERSIDAD DE CHILE

FACULTAD DE DERECHO

DEPARTAMENTO DE DERECHO PRIVADO

**“CONVENCIÓN INTERAMERICANA SOBRE LA PROTECCIÓN DE LOS
DERECHOS HUMANOS DE LAS PERSONAS MAYORES: ALCANCES CIVILES
EN EL ACTUAL ESTATUTO DE PROPIEDAD”**

Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales

AUTORES: HERNÁN TABILO NAVIA

GIORGIO SERAZZI ISLAS

PROFESOR GUÍA: MARICRUZ GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS

Santiago de Chile 2021

DEDICATORIA

Queremos dedicar este trabajo a nuestra familia por habernos dado las primeras herramientas con que sentir y pensar el mundo. A la Universidad de Chile, por lustrar el espíritu del sentido público de las cosas. A las personas mayores por mostrarnos a partir amor y la dedicación, pero también muchas veces desde el dolor y el sacrificio, cuanto nos falta por crecer como sociedad.

AGRADECIMIENTOS

También deseamos agradecer al conjunto de auxiliares y docentes por su humana y académica formación, con especial mención a nuestra profesora Maricruz Gómez de la torre Vargas quien, con su inagotable paciencia, ha hecho posible que el presente trabajo sea una realidad.

ABREVIATURAS

Art. o art.	Artículo.
Arts. o arts.	Artículos.
CADH	Convención Americana sobre Derechos Humanos.
CC	Código Civil.
CEPAL	Comisión Económica para América Latina y el Caribe.
CESCR	Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.
CIDH	Comisión Interamericana de Derechos Humanos.
CIDHPM	Convención Interamericana de Derecho Humanos.
Corte IDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos.
COT	Código Orgánico de Tribunales.
CP	Código Penal.
CPC	Código de Procedimiento Civil.
CPP	Código Procesal Penal.
CPR	Constitución Política de la República.
CT	Código del Trabajo.
CVDT	Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.
DADH	Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre.
DL	Decreto Ley.

DS	Decreto Supremo.
DUDH	Declaración Universal de Derechos Humanos.
INDH	Instituto Nacional de Derechos Humanos.
INE	Instituto Nacional de Estadísticas.
MBN	Ministerio de Bienes Nacionales.
MDSF	Ministerio de Desarrollo Social y Familia.
MINSAL	Ministerio de Salud.
MINVU	Ministerio de Vivienda y Urbanismo.
MISEGPRES	Ministerio Secretaría General de la Presidencia.
OEA	Organización de Estados Americanos.
ONU	Organización de Naciones Unidas.
OPS	Organización Panamericana de la Salud.
PIDCP	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.
PIDESC	Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.
SADH	Sistema Africano de Derechos Humanos.
SEDH	Sistema Europeo de Derechos Humanos.
SENAMA	Servicio Nacional del Adulto Mayor.
SENAME	Servicio Nacional de Menores.
SERNAC	Servicio Nacional del Consumidor.

SERVIU Servicio de Vivienda y Urbanización.

SIDH Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

TABLA DE CONTENIDOS

DEDICATORIA.....	1
AGRADECIMIENTOS.....	2
ABREVIATURAS.....	3
TABLA DE CONTENIDOS	6
RESUMEN.....	9
INTRODUCCIÓN.....	10
1. CAPÍTULO 1: ASPECTOS O TEMAS GENERALES RELATIVOS A LAS PERSONAS MAYORES Y BASE CONCEPTUAL	
1.1 Aspectos o temas generales relativos a las personas mayores:	
1.1.1 Especificidades de las personas mayores.....	13
1.1.2 Condiciones de vida de las personas mayores	15
1.2 Base conceptual:	
1.2.1 Sistemas Internacionales de Protección de los Derechos Humanos.....	17
1.2.2 Enfoque de Derechos Humanos.....	21
2. CAPÍTULO 2: CONVENCIÓN INTERAMERICANA SOBRE LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS DE LAS PERSONAS MAYORES	
1.1 Generalidades.....	23
1.2 Principios generales aplicables a la CIDHPM.....	25
1.3 Obligaciones establecidas por la CIDHPM.....	28

1.4 Derechos específicos de las personas mayores reconocidos y amparados por la CIDHPM.....	29
---	----

3. CAPÍTULO 3: MARCO INSTITUCIONAL Y LEGAL DE PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS MAYORES EN CHILE

3.1 Marco Institucional.....	31
3.2 Marco Normativo.....	33
3.2.1 Regulación constitucional.....	37
3.2.2 Tratados Internacionales.....	38
3.2.3 Leyes Nacionales.....	41
3.2.4 Decretos.....	41
3.3 Modelo de garantías bajo la perspectiva de los derechos humanos en la actual legislación interna.....	42
3.4 El estatuto del derecho de propiedad bajo la perspectiva de derechos humanos en la actual legislación.....	44

4. CAPÍTULO 4: ANÁLISIS Y EVALUACIÓN DEL DERECHO DE PROPIEDAD DE LAS PERSONAS MAYORES EN CHILE, EN ATENCIÓN A LOS LINEAMIENTOS BÁSICOS QUE ESTABLECE LA CIDHPM

4.1 Aspectos generales del derecho de propiedad privada dentro de nuestro ordenamiento interno.....	48
4.2 Aspectos generales del derecho de propiedad privada desde la perspectiva de los derechos humanos.....	50

4.3. La persona mayor y el derecho de propiedad.....	56
4.4. El saneamiento del dominio.....	58
4.4.1 Comentarios a la Ley N° 21.108 que modifica el DL N°2.695.....	61
4.4.2 Efectos sucesorios de la muerte del solicitante durante el procedimiento de regularización de la propiedad.....	72
4.4.3 Consideraciones finales.....	74
4.5. Compraventa de bien raíz.....	77
4.5.1 El procedimiento de interdicción en función de la autonomía.....	87
4.5.2 Consideraciones finales.....	93
4.6. Compraventa de la nuda propiedad.....	99
4.7. El contrato de arrendamiento.....	107
4.7.1 Prohibición del subarriendo, salvo expresa autorización del propietario arrendador.....	109
4.7.2 Facultad del tribunal para decretar el lanzamiento provisional del arrendatario cuando existan antecedentes que acrediten la seriedad de la pretensión y los perjuicios derivados del no pago de la renta.....	110
VÍA DE SOLUCIÓN.....	113
CONCLUSIONES.....	115
BIBLIOGRAFÍA.....	121

RESUMEN

El presente trabajo realiza un estudio y análisis del marco institucional y normativo de protección de las personas mayores en nuestro país y en particular de nuestro estatuto de propiedad, en base a los lineamientos generales establecidos por la CIDHPM. Para ello, comenzamos por caracterizar a las personas mayores como grupo social diferenciado, el sistema de protección de los derechos humanos que la CIDHPM integra y el enfoque que ella normativamente sustenta e impulsa en materia de envejecimiento y vejez. Posteriormente desarrollamos el régimen de protección de los derechos humanos que la Convención en estudio instaura y sobre dicha base llevamos a cabo una revisión general del marco institucional y normativo de protección de las personas mayores en nuestro país. Finalmente, analizamos y evaluamos el estatuto de propiedad en Chile, comenzando por el tratamiento general del derecho de propiedad privada dentro de nuestro ordenamiento interno, sus aspectos generales desde una perspectiva de derechos humanos y sus vínculos con la persona mayor, para luego llevar a cabo un análisis y evaluación de otras instituciones e instrumentos del derecho privado vinculados y de iniciativas legislativas en la materia, todo en base a los lineamientos básicos que establece la CIDHPM. A partir de todo lo anterior, se señala una posible vía de solución a los problemas detectados y se formulan nuestras conclusiones.

INTRODUCCIÓN

Las personas mayores desde un punto de vista histórico social constituyen un grupo de la población que ha tenido principalmente un rol desmedrado y cuya consideración por las distintas sociedades ha sufrido diversas vicisitudes¹. En la actualidad, esta condición y escenario se han mantenido, sin embargo, se han generado y se espera se puedan generar ciertos acontecimientos que podrían agudizar la vulnerabilidad de este grupo social, cuales son, el aumento progresivo de la esperanza de vida a nivel global y el ensanchamiento de la cúspide de la pirámide demográfica en una gran cantidad de países², fenómenos que no sólo suponen y supondrán un cambio en la estructura demográfica de la población, sino también y principalmente grandes problemas y desafíos, presentes y futuros, para las personas mayores y los Estados, en materias tales como pensiones, salud, cuidados, inclusión e integración. Esta situación de especial vulnerabilidad de las personas mayores exige, desde una perspectiva de

¹ El rol desmedrado de las personas mayores en la historia y las vicisitudes que ella ha debido experimentar en la sociedad, se pueden ver en el trabajo de TREJO quien hace una breve revisión histórica del rol que han ocupado las personas mayores en las sociedades occidentales y la visión que éstas han tenido de ellas. Así, según narra este autor, las personas mayores ocuparon en las culturas primitivas posiciones de privilegio y fueron alabadas por su sabiduría y longevidad; en la antigua Grecia la posición de las personas mayores dependió de la ciudad-estado a la que pertenecieran, ocupando posiciones de privilegio en Esparta y posiciones desmejoradas en Atenas; durante la antigua Roma la posición de las personas mayores tránsito desde un lugar de absoluta prevalencia debido al establecimiento de la figura jurídica de la “patria potestas” hasta su declive con la consolidación del imperio romano; en la edad media la posición de las personas mayores vario desde una posición desmejorada consecuencia de las múltiples invasiones germánicas que derivaron en la imposición de la ley del más fuerte, hasta una posición más favorecida producto de las consecuencias de la peste negra; durante el renacimiento hubo una absoluta aversión hacía la vejez resultado de la prevalencia del ideario humanista que exaltó la belleza y la juventud; y en el mundo moderno a partir del cambio de régimen político y la prevalencia del ideario liberal comenzó una incipiente preocupación de la sociedad política por la vejez, la cual se materializó en el establecimiento de la jubilación y creación de sistemas de seguros sociales. TREJO MATORANA, Carlos. El viejo en la historia. Santiago. Revista Acta Bioethica, año VII, Nº 1, 2001, pp.107-119. Disponible en: <https://scielo.conicyt.cl/pdf/abioeth/v7n1/art08.pdf>.

² Según la OMS, actualmente y por primera vez en la historia, la esperanza de vida de la población mundial ha alcanzado y en algunos casos incluso superado los 60 años de edad. Así, se proyecta que para 2050, el porcentaje de personas mayores casi se duplicará respecto de las estimaciones efectuadas el año 2015, pasando del 12% al 22% de la población mundial. OMS. Envejecimiento y salud. 2018. Disponible en: http://www.who.int/features/factfiles/ageing/ageing_facts/es. En igual sentido, la ONU que estima que para 2050 una de cada cinco personas será una persona mayor, agregando que para 2150 dicha relación será de un tercio, esto es, que para dicho año una de cada 3 personas será persona mayor. ONU. Segunda Asamblea Mundial sobre el Envejecimiento. Madrid. 2002. Disponible en: https://www.un.org/es/events/pastevents/ageing_assembly2/

derechos humanos, el establecimiento de un régimen de protección especial y situado que permita garantizar el pleno goce y ejercicio de sus derechos y libertades fundamentales³.

En el plano internacional y desde un punto de vista estrictamente normativo, constatamos, al menos a nivel interamericano, que la protección especial y situada de las personas mayores, ya es un hecho, esto a partir de la elaboración y entrada en vigor de la CIDHPM, tratado interamericano sobre derechos humanos, que ha sido suscrito y ratificado por nuestro Estado, cuyo principal aporte es el establecimiento de un marco mínimo de protección y promoción de los derechos humanos de las personas mayores, jurídicamente vinculante a nivel interamericano, y caracterizado por la consideración y posicionamiento de las personas mayores como sujetos plenos de derechos.

La suscripción y ratificación por parte de nuestro Estado de la CIDHPM, destacamos, lo obliga a darle cumplimiento. Este hecho hace necesario la evaluación de las políticas públicas y del marco normativo nacional de protección de las personas mayores con el objeto de identificar las brechas que éstos puedan tener respecto de los mandatos establecidos por esta Convención, y así determinar el grado de cumplimiento de ella y los ajustes y correcciones que se deben llevar a cabo para darle un efectivo cumplimiento.

Sobre la base de las consideraciones expuestas y por el alcance acotado de la presente investigación, ésta se centrará en el estudio y análisis general de la normativa de protección de las personas mayores en nuestro país, centrandolo en el análisis y evaluación en los alcances civiles de la CIDHPM en el actual estatuto de propiedad. Hemos decidido optar por el análisis de este tema, pues consideramos que el derecho de propiedad y su garantía, suponen una gran contribución para el bienestar de las personas mayores y su posicionamiento como sujetos plenos de derechos, por dos razones, en primer lugar, por su función social, la cual, como desarrollaremos y justificaremos, supone que la propiedad no es axiológicamente neutra, sino que posee un valor social y económico, que condiciona el bienestar y el desarrollo de los

³ Aclaremos que pese a la divergencia que existe en doctrina respecto de los términos derechos fundamentales y derechos humanos, para efectos de este trabajo estos términos serán utilizados como sinónimos, esto dado nuestro convencimiento de que los derechos humanos no constituyen meros principios morales o éticos que carecen de toda eficacia jurídica, idea con la que se ha pretendido diferenciar a los derechos humanos de los derechos fundamentales, sino que se tratan de auténticos derechos cuya exigibilidad deviene de radicar su fundamento en la dignidad humana.

proyectos de vida de las personas, y en segundo lugar, y como consecuencia de lo anterior, por el soporte que ejerce este derecho respecto de otros derechos humanos como la igualdad, la seguridad, la libertad y la autonomía. En suma el objetivo final de esta investigación es determinar los alcances civiles de la CIDHPM, identificando las brechas que en lo relativo a la propiedad y otras instituciones del derecho privado vinculadas puedan existir y, en base a ello, proponer posibles vías de solución.

Para lograr el objetivo señalado, esta investigación se dividirá en 4 capítulos, en el primero de ellos, se abordarán las especificidades de las personas mayores, sus condiciones de vida, los sistemas internacionales de protección de los derechos humanos y el enfoque de derechos humanos, el fin detrás de ello, es la caracterización de las personas mayores como grupo social diferenciado y el entendimiento del sistema que la Convención en estudio integra y del enfoque que ella normativamente sustenta e impulsa en materia de envejecimiento y vejez. En el segundo capítulo se abordarán los aspectos generales de la CIDHPM, los principios, obligaciones y derechos que ésta establece, siendo el objeto de ello, la caracterización del régimen de protección que instaura y el establecimiento de sus lineamientos básicos. En el tercer capítulo se abordará y analizará el marco normativo e institucional de las personas mayores en Chile, siendo su fin, obtener una visión general del estatuto de protección de las personas mayores en nuestro país y del mayor o menor grado de protección que éste brinda a las personas mayores. En el cuarto capítulo se analizará y evaluará el estatuto de propiedad en Chile, comenzando por el tratamiento general del derecho de propiedad dentro de nuestro ordenamiento interno, sus aspectos generales desde una perspectiva de derechos humanos y sus vínculos con la persona mayor, para luego llevar a cabo un análisis y evaluación de otras instituciones e instrumentos del derecho privado vinculados y de iniciativas legislativas en la materia, todo en base a los lineamientos básicos que establece la CIDHPM. Finalmente, a partir de todo lo anterior, se señala una posible vía de solución a los problemas detectados y se formulan nuestras conclusiones.

CAPÍTULO I

ASPECTOS O TEMAS GENERALES RELATIVOS A LAS PERSONAS MAYORES Y BASE CONCEPTUAL

1.1 Aspectos o temas generales relativos a las personas mayores

1.1.1 Especificidades de las personas mayores

Lo primero que se debe tener en consideración a la hora de abordar a las personas mayores como sujetos de estudio es que éstas constituyen un grupo social que cuenta con una multiplicidad de rasgos o aspectos diferenciadores que, más allá de la edad, se explican y develan por las particularidades de la etapa del ciclo de vida en que se circunscriben, a saber, la vejez, que a efectos de este trabajo será entendida, siguiendo a ALVARADO y SALAZAR, como “la fase final del proceso de envejecimiento”⁴.

La vejez, destáquese, en su calidad de etapa o fase final del proceso de envejecimiento reviste ciertos atributos que la caracterizan, estos son, su dinamismo, heterogeneidad e influencia del componente de género⁵.

Respecto del carácter dinámico, podemos señalar que, este atributo hace referencia al hecho de que la vejez constituye una etapa activa llena de cambios que se desarrollan de forma paulatina y que importan variadas consecuencias. Algunas de ellas, consecuencias de carácter físico y mental, como la mayor propensión a la pérdida de capacidad funcional y a enfermedades de carácter mental; consecuencias de carácter económico, como la disminución patrimonial derivada del retiro laboral y el aumento de los gastos en salud; y consecuencias

⁴ ALVARADO Y GARCÍA, Alejandra y SALAZAR MAYA, Ángela. Análisis del concepto de envejecimiento. España. Revista Gerokomos, 2014, p.59. Disponible en: <http://scielo.isciii.es/pdf/geroko/v25n2/revision1.pdf>.

⁵ SENAMA, Gobierno de Chile. Las Personas Mayores en Chile: situación, avances y desafíos del envejecimiento y la vejez. Santiago. 2009, pp. 9-11. Disponible en: <http://www.senama.gob.cl/storage/docs/Las-personas-mayores-de-chile-situacion-avances-desafios-del-envejecimiento-y-vejez-2009.pdf>.

sociales, como la estigmatización social derivada de la idea de que las personas mayores son, sólo por el hecho de ser tales, dependientes e incapaces.

En relación con los atributos de heterogeneidad e influencia del componente de género, por otra parte, afirmamos que, estas características se encuentran estrechamente relacionadas. Esta situación se explica por el hecho de que el atributo de heterogeneidad importa que la vejez, lejos de poder conceptualizarse de forma universal, esto es, que podamos hablar de la vejez como una etapa única revestida de características comunes a todas las personas, deba y sólo pueda caracterizarse a partir del análisis de diversos factores que inciden en ella, los cuales dependerán de cada persona y de su concreto contexto económico, político, social y cultural. Así, uno de los factores que es necesario considerar, es el componente de género presente en ella, esto toda vez que, es indudable que la mujer dentro del contexto social, reviste al menos dos características que la definen y que marcan su proceso de envejecimiento y también su etapa de vejez; a saber: el hecho de que la mujer vive más que los hombres y el hecho de que en la mayoría de las sociedades las mujeres viven en condiciones más desfavorables que los hombres. Dos hechos, que hacen que el proceso de envejecimiento y la etapa de vejez sean, incluso, muy diversos entre hombres y mujeres.

A los atributos de la vejez antes expuestos, agreguemos un último elemento, cual es, que la vejez se destaca por constituir una construcción social, esto es, se trata de una etapa cuyo significado o comprensión se haya determinado por la concreta visión que la sociedad elabora de ella⁶. En el sentido expuesto, es posible constatar, que dentro del contexto social actual las personas mayores se caracterizan por constituir un grupo de la población postergado e invisibilizado, y que es objeto de múltiples discriminaciones. Algunas de ellas, la desvalorización de su aporte social y económico a la sociedad; su infantilización y consecuente control de sus condiciones de vida; su exclusión en los medios de comunicación, el mercado financiero, las políticas públicas e incluso la familia; entre muchas otras.

⁶ Este elemento de la vejez es expresamente reconocido en el art.2 de la CIDHPM, que define la vejez como la “Construcción social de la última etapa del curso de vida”.

Finalmente, digamos a modo sintético que constituyen especificidades de las personas mayores: 1) El compartir una edad determinada, la que por regla general, va de los 60 años de edad hasta el final de sus días⁷. 2) El carácter dinámico y heterogéneo de la etapa de vida en la que se hayan circunscritas y las múltiples consecuencias que se siguen de ello. 3) La influencia del componente de género y construcción social de la vejez.

1.1.2 Condiciones de vida de las personas mayores

Actualmente a nivel demográfico las personas mayores representan el 16,2% de la población nacional. De dicho porcentaje, haciéndose eco del componente de género de la vejez, el 55,7% corresponde a mujeres, mientras que el 44,3% a hombres⁸, lo cual en buena medida se explica como ya se ha mencionado por una diferencia palpable en la esperanza de vida donde la mujer alcanza los 82,1 años en oposición a los 77,3 años del hombre⁹.

En cuanto a la seguridad económica de la persona mayor, según datos entregados por la IV Encuesta de Calidad de Vida en la Vejez de la Pontificia Universidad Católica de Chile y Caja Los Andes¹⁰, destaca que al año 2016 al menos el 76% de las personas mayores han comenzado a recibir una pensión de jubilación y un tercio de ellos trabaja, sin embargo se tratan de ingresos que alcanzan ajustadamente o bien no alcanzan para cubrir sus necesidades básicas, como declaran respectivamente el 55,1% y el 23,7% de los encuestados, lo cual tiene sentido si se considera que el 66% de ellos dice seguir trabajando tras su etapa de jubilación por necesidad económica. Tampoco puede obviarse que los trabajos que desempeñan suelen

⁷ Los 60 años de edad constituyen la regla general para considerar a una persona como persona mayor, toda vez que, tanto en nuestra legislación vigente como en la normativa internacional dicha edad se establece como la edad de referencia para ello. Así, en nuestra legislación, en el inciso 2 del art.1 de la Ley N° 19.828 que crea el SENAMA se define adulto mayor como “toda persona que ha cumplido los 60 años, sin diferencia entre hombres y mujeres”. En igual sentido, la CIDHPM que en su art.2 define persona mayor como “Aquella de 60 años o más, salvo que la ley interna determine una edad base menor o mayor, siempre que esta no sea superior a los 65 años. Este concepto incluye, entre otros, el de persona adulta mayor”.

⁸ SENAMA, Gobierno de Chile. Censo 2017 reveló que más del 16% de la población es adulto mayor. Santiago. 2017, p.1. Disponible en: <http://www.senama.gob.cl/noticias/censo-2017-revelo-que-mas-del-16-de-la-poblacion-chilena-es-adulto-mayor>.

⁹ INE, Gobierno de Chile. Definiciones estadísticas población: esperanza de vida. Santiago. 2020. Disponible en: <https://www.ine.cl/ine-ciudadano/definiciones-estadisticas/poblacion/esperanza-de-vida#:~:text=En%20Chile%20la%20Esperanza%20de,77%2C3%20para%20los%20hombres>.

¹⁰ PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE CHILE Y CAJA LOS ANDES. Chile y sus Mayores: 10 años de la Encuesta Calidad de Vida en la Vejez. Santiago. 1ª Edición, 2017, pp.25-40. Disponible en: http://adulthood.uc.cl/docs/Libro_CHILE_Y_SUS_MAYORES_2016.pdf.

hacerse por cuenta propia, lo que representa un 57,4% versus un 34,3% de empleados, lo que caracteriza la situación laboral de un gran número de adultos mayores como precaria, ya sea porque trabaja por cuenta propia para poder generar sus ingresos o complementar sus recursos provenientes de una pensión, ya sea porque los obtiene mediante empleos que no garantizan condiciones de trabajo adecuadas ni remuneraciones acordes a las labores desempeñadas. O bien, porque cuentan con trabajos asalariados que no implican aspectos formales como contrato, horarios establecidos, sueldos mínimos y previsión, sin considerar que en el peor de los casos aun considerando dichos ingresos, sus necesidades no logran sostenerse, lo cual empuja a las personas mayores a asumir deudas crediticias, en este sentido, la Encuesta de Conocimiento y Evaluación de los Consumidores en Materias Financieras 2014, realizada por el SERNAC y citada en el Estudio sobre Oferta Crediticia para los Adultos Mayores elaborado por esta misma institución¹¹, cuyos resultados muestran que el 65% de las personas mayores de 60 años tienen una deuda en tarjetas de crédito de casas comerciales, un 29% dice tener deudas con tarjetas de crédito bancarias y un 26% por créditos de consumo.

Respecto de su salud, se constata una cobertura de previsión generalizada donde apenas un 1,4% carece de ella¹², lo cual permite que los adultos mayores se encuentren más protegidos en este ámbito, accediendo a programas de prevención en salud, programas de alimentación y del adulto mayor, además de atención adecuada en casos de enfermedades con gastos en salud acorde a sus ingresos¹³. Sin embargo, en materia de salud mental, no puede invisibilizarse asuntos de suma importancia, como lo es que la tasa de suicidio en adultos mayores, según revelan los datos proporcionados por el Informe de Estadísticas Vitales 2015 del INE, citado por el diario La Tercera¹⁴, alcanza el 15,4 por cada 100.000 personas, elevándose al 17,7 por cada 100.000 personas, en el caso de los mayores de 80 lo que les coloca en la triste posición de ser los segmentos etarios que más deciden quitarse la vida en

¹¹ SERNAC, Gobierno de Chile. Estudio: Oferta Crediticia para los Adultos Mayores. Santiago. 2014, p.6. Disponible en: https://www.sernac.cl/portal/619/articles-4379_archivo_01.pdf.

¹² MDSF, Gobierno de Chile. Síntesis de resultados salud. Casen 2017. Santiago. 2018, p.12. Disponible en: <https://www.minsal.cl/wp-content/uploads/2018/10/CASEN-Salud-2017.pdf>.

¹³ Destáquese la atención preferencial que han tenido las personas mayores ante la contingencia del Covid-19, política pública que refleja una cobertura de salud adecuada, al menos en lo relativo al acceso a prestaciones de salud y tratamiento preferencial.

¹⁴ SEPULVEDA GARRIDO, Paulina. Mayores de 80 años tienen la tasa de suicidio más alta del país. Santiago. La Tercera. 2018, p.1. Disponible en: <https://www.latercera.com/tendencias/noticia/mayores-80-anos-tienen-la-tasa-suicidio-mas-alta-del-pais/270539/>.

Chile. Unido a ello, en términos de la percepción de discriminación, destaca la Encuesta de Calidad de Vida del Adulto Mayor e Impacto del Pilar Solidario¹⁵ que el 45% de la población adulta mayor percibe haber sido objeto de alguna discriminación aunque, de contra partida, existe una alta percepción de seguridad en torno a la red de apoyo con la que cuentan; así, según este estudio un 89% de las personas mayores indicó poder contar con alguien en caso de necesitarlo para aspectos funcionales, un 86% indicó contar con redes afectivas, un 87% indicó estar satisfecha con su familia, un 74% indicó poder contar con alguien que pudiera prestarle dinero si lo necesitara y el mismo porcentaje, indicó tener relaciones sociales y afectivas o desarrollar actividades sociales (75% desarrolla actividades sociales, de manera regular) mientras que, por otra parte, 79% vive acompañada en el hogar, todo lo cual da cuenta que lejos de la idea que subsiste dentro de nuestra población, las personas mayores en situación de abandono corresponden a un sector minoritario lo cual podría explicar el por qué las políticas públicas de la persona mayor se han venido enfocando principalmente en este segmento especialmente vulnerable.

Finalmente, en relación al entorno favorable¹⁶, destaca que al año 2015 un 81,7 por ciento posee vivienda propia, apenas un 12,9% de ellos viven solos y que menos del 1% carece de servicios básicos.

1.2 Base conceptual

1.2.1 Sistemas Internacionales de Protección de los Derechos Humanos

El surgimiento de la noción de derechos humanos a mitad del siglo XX y el proceso de internacionalización de que éstos fueron objeto, dieron lugar al establecimiento de una serie de instrumentos internacionales y órganos supranacionales en la materia, los cuales en su

¹⁵ CENTRO DE ENCUESTAS Y ESTUDIOS LONGITUDINALES UC. Principales resultados de la Encuesta de Calidad de Vida del Adulto Mayor, e Impacto del Pilar Solidario. Santiago. 2018, pp.72-73. Disponible en: https://www.previsionsocial.gob.cl/sps/download/estudios-previsionales/encuesta-de-proteccion-social/documentos-eps/documentos-eps-2018/encavidam_resultados_junio2018.pdf.

¹⁶ PADILLA VIO, Carolina. Caracterización de la calidad de vida en la vejez en Chile. Santiago. Tesis de Magíster en Políticas Públicas, Facultad de Gobierno, Universidad del Desarrollo, 2017, p.38. Disponible en: <https://repositorio.udd.cl/bitstream/handle/11447/2023/Documento.pdf?sequence=1&isAllowed=y>.

conjunto fueron configurando un verdadero y nutrido régimen de protección de los derechos humanos en el plano internacional¹⁷.

Ahora bien, aunque el Derecho Internacional de los Derechos Humanos es uno solo, es posible reconocer sistemas o marcos jurídicos y orgánicos internacionales de protección de los derechos humanos diferentes, a saber, por un lado, el sistema universal de protección de los derechos humanos, y por otro, los sistemas regionales de protección de los derechos humanos¹⁸.

El sistema universal de protección de los derechos humanos es aquel conjunto de mecanismos, convencionales y extra convencionales, originados dentro del seno de la ONU, orientados a proteger los derechos humanos de todas las personas en todas las partes del mundo¹⁹. Los sistemas regionales de protección de los derechos humanos, en cambio, son: “sistemas de protección de los derechos humanos que, en sus respectivas regiones y bajo el paraguas de organizaciones internacionales de carácter regional, complementan al sistema

¹⁷ Aclaramos que cuando hacemos referencia al establecimiento de un régimen de protección de los derechos humanos en el plano internacional, nos estamos refiriendo a la constitución de todo el entramado normativo, institucional y procedimental de protección internacional de los derechos humanos, que surge y se va configurando con posterioridad a la segunda guerra mundial. Es decir, esta referencia, se basa en la concepción de la normativa de protección internacional de los derechos humanos como un todo, sin perjuicio, de que en la práctica coexistan diversos regímenes o sistemas de protección de los derechos humanos en el plano internacional.

¹⁸ La existencia de sistemas paralelos de protección de los derechos humanos en el plano internacional, destáquese, no debe llevar a pensar que estos sistemas son excluyentes entre sí, de tal manera que la aplicación de uno impida la del otro, por el contrario, estos sistemas son complementarios, y en consecuencia, su existencia paralela no reduce, sino que expande la protección de los derechos humanos. SALVIOLI, Fabián. Postulados emergentes de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en relación al Derecho Internacional Público. Buenos Aires. Tesis de Maestría. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de La Plata, 1997, p.30. Disponible en: <https://core.ac.uk/download/pdf/301023166.pdf>. En relación con los conflictos que puede generar la aplicación de uno u otro sistema en un caso determinado, por otro parte, señalamos que, estos pueden resolverse en virtud del principio “pro homine”, que es un principio interpretativo expresamente aplicable en materia de derechos humanos, el cual establece que: “se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos e, inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria”. PINTO, Mónica. El principio pro homine. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos., en AA VV, La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales. Buenos Aires. Editorial Del Puerto, 1a.ed., 2004, p.163.

¹⁹ MINJUSTICIA, Gobierno de Chile. Santiago. 2020. Disponible en: <https://www.derechoshumanos.gob.cl/ddhh/sistema-universal-de-derechos-humanos>.

universal de derechos humanos”²⁰. Algunos sistemas regionales de derechos humanos son: el SIDH, SEDH y el SADH.

Por su pertinencia para la presente investigación, el sistema de derechos humanos sobre el que nos referiremos sucintamente es el SIDH. Al respecto, señalamos que, según FAÚNDEZ, el SIDH constituye un: “complejo de mecanismos y procedimientos previstos tanto por la Carta de la Organización de Estados Americanos y otros instrumentos jurídicos conexos a ésta, como aquellos contemplados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la cual -junto con sus protocolos adicionales y otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos- es el producto del desarrollo y fortalecimiento de este sistema regional”²¹. A esta definición, agreguemos, el objetivo del SIDH, cual es, la promoción y protección de los derechos humanos en la región.

El SIDH, destacamos, como fluye de la definición antes expuesta y reconoce el mismo autor antes citado, desde un punto de vista normativo, se encuentra integrado por dos subsistemas, a saber, por una parte, el subsistema derivado de la Carta de la OEA, y por otra, el subsistema derivado del conjunto de instituciones y procedimientos previstos en la CADH y otros instrumentos conexos. La principal diferencia existente entre ambos, radica en que el primero se haya referido a las competencias que en materia de derechos humanos posee la OEA respecto de todos sus miembros, mientras que el segundo se haya referido al conjunto de instituciones y procedimientos previstos en la CADH y otros instrumentos conexos, los cuales sólo son aplicables a los Estados que los han suscrito y ratificado²². La Convención en estudio, desde la perspectiva expuesta, constituye un instrumento integrante del segundo subsistema.

²⁰ SÁNCHEZ BAYÓN, Antonio, GARCÍA DE QUEVEDO, Gloria y FUENTE LAFUENTE, Carlos. Sistemas regionales de derechos humanos. Aclaraciones y consejos para su exigibilidad. España. Revista Derecho y Cambio Social, N° 55, 2019, p.10. Disponible en: <https://lnx.derechocambiosocial.com/ojs-3.1.1-4/index.php/derechocambiosocial/article/view/33/15>.

²¹ FAÚNDEZ LEDESMA, Héctor. El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. Aspectos institucionales y procesales. San José. Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 3ª.ed., 2004, p.27. Disponible en: https://www.iidh.ed.cr/IIDH/media/1575/si_proteccion_ddhh_3e.pdf.

²² *Ibíd.*, p. 28.

En cuanto a los instrumentos que conforman el SIDH, podemos señalar que, los más importantes son: la Carta de la OEA, la DADH y la CADH (también conocida como Pacto de San José de Costa Rica). A su vez, los principales organismos que integran este sistema son: la OEA, la CIDH y la Corte IDH.

Más allá de todo lo anteriormente expuesto en este apartado, lo que nos interesa resaltar sobre la materia, es que los sistemas de protección de los derechos humanos, ya sea el sistema universal o los sistemas regionales, tienen por objeto garantizar la real y efectiva vigencia de los derechos humanos mediante el ejercicio de control internacional. El control internacional como afirma NASH puede realizarse de diversas maneras y depende del tipo de violación de los derechos humanos de que se trate, las cuales pueden ser masivas y sistemáticas, individuales o estructurales, dependiendo de cuál sean éstas, los sistemas responderán aplicando uno u otro mecanismos de control, los cuales pueden ser: mecanismos de control político, como resoluciones de órganos de derechos humanos; mecanismos de control cuasi-judiciales, como recomendaciones, opiniones o informes de cumplimiento de pactos internacionales; y mecanismos de control judiciales, como el ejercido por órganos supranacionales con competencia jurisdiccional vinculante en materia de derechos humanos²³.

Conforme a lo señalado, afirmamos y destacamos, que el cumplimiento y aplicación de todo pacto o acuerdo internacional integrante de cualquiera de los sistemas de protección de los derechos humanos antes referidos, y la vigencia de los derechos consagrados en ellos, no se hayan sujetos a la sola voluntad de los Estados, sino que se hayan amparados y sometidos al control de toda la normativa, procedimientos y órganos que componen tales sistemas. Por lo tanto, al verse violados por los Estados los derechos establecidos en estos pactos o acuerdos internacionales, subsiste la posibilidad de las personas que han sido vulneradas en sus derechos de acudir a instancias internacionales para restablecerlos y/o obtener reparación. En el caso del SIDH, la posibilidad de acudir a la CIDH o bien a la Corte IDH, que son los órganos encargados dentro del marco del SIDH de velar por el cumplimiento de las obligaciones adquiridas por los Estados en materia de derechos humanos.

²³ NASH ROJAS, Claudio. La protección internacional de los derechos humanos. Santiago, 2009, pp.213-215. Disponible en: <http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/142636/La-Proteccion-Internacional-de-los-Derechos-Humanos.pdf?sequence=1>.

Por último, hacemos presente, que el SIDH junto con establecer mecanismos y procedimientos generales de control, contempla mecanismos y procedimientos de control especiales consagrados de manera específica en ciertos tratados interamericanos sobre derechos humanos. Uno de ellos, la Convención en estudio, la cual establece un mecanismo procesal de denuncia de violación de sus disposiciones ante la CIDH, y una serie de mecanismos de seguimiento y asesoramiento a sus Estados parte, destinados al control de su aplicación y cumplimiento. Estos mecanismos se encuentran establecidos en los artículos 33 a 36 de la Convención.

1.2.2 Enfoque de Derechos Humanos

El enfoque de derechos humanos o enfoque de derechos es un marco de referencia para el desarrollo humano y su aplicación a las políticas públicas, que supone el empleo de la normativa internacional de derechos humanos en ellas y su orientación a la realización progresiva de los derechos humanos. Este marco conceptual parte de la base de que el principal obstáculo para el desarrollo no es la pobreza o el hambre, sino que la discriminación, la desigualdad y la concentración de poder, por lo que su objetivo es transformar y corregir dichas situaciones²⁴.

El fundamento del enfoque de derechos se haya en una visión integral de los derechos humanos que pone el centro en la personas como sujetos integrales, esto es, bio-psico-sociales, reconociendo así sus especificidades y derechos conforme a ellas. De ahí, que desde un punto de vista práctico, como señalan PALMA, PERROTA y ROVIRA siguiendo a ABRAHAMOVIC y PAUTASSI, éste implique “que el Estado debe direccionar su actividad, ya sea mediante el diseño legislativo, o la puesta en práctica de políticas públicas que, intervengan activamente en revertir y transformar los procesos de discriminación y subordinación de grupos específicos, apuntando esencialmente al otorgamiento de poder por la vía del reconocimiento de derechos”²⁵., pero, destacamos, no sólo ello, puesto que para

²⁴ ACNUDH. Preguntas frecuentes sobre el enfoque de derechos humanos en la cooperación para el desarrollo. Nueva York y Ginebra. ONU, 2006, p.15. Disponible en: <https://www.ohchr.org/Documents/Publications/FAQsp.pdf>.

²⁵ PALMA, Andrea, PERROTA, Valentina y ROVIRA, Adriana. Las personas mayores como sujetos de derecho. El aporte de la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las

poder ejercerlos con plenitud, la persona tiene que estar (situarse) en las mismas condiciones que el resto. Poder elegir, poder ejercerlos, presupone las condiciones (de posibilidad) para poder hacerlo. De otro modo, el ejercicio formal de los derechos deviene imposible, en términos de igualdad, si no hay condiciones materiales para la realización de acciones conforme a tales derechos. De ahí, que el enfoque de derechos importe además la imposición de obligaciones positivas a los Estados, basadas en las normas de derecho internacional de los derechos humanos, tendientes no sólo a reconocer derechos, sino que también a garantizarlos y perseguir su realización, utilizando para ello, la técnica de la equiparación, si lo vemos desde el punto de vista de los objetivos, o la técnica de la diferenciación, si lo vemos desde el punto de vista de los medios empleados.

Este enfoque, resaltamos, es el que sustenta e impulsa normativamente en lo relativo a las personas mayores la CIDHPM, acuerdo internacional sobre derechos humanos que, como veremos, no sólo reconoce derechos en razón de sus especificidades a las personas mayores, sino que también establece obligaciones positivas a sus Estados parte en orden a perseguir su realización. En particular, esta Convención se ha centrado en el establecimiento de derechos fundamentados en el valor igualdad, que utilizan la técnica de la equiparación, para que sus destinatarios puedan gozar de forma plena de sus derechos y libertades fundamentales.

CAPÍTULO II

CONVENCIÓN INTERAMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS DE LAS PERSONAS MAYORES

1.1 Generalidades

La CIDHPM es un tratado internacional multilateral que forma parte del SIDH y que tiene por objeto, según establece el art.1 de su texto: “promover, proteger y asegurar el reconocimiento y 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 total inclusión, integración y participación en la sociedad”.

El primer antecedente de la CIDHPM se haya en la declaración de Brasilia, aprobada en el marco de la de la Segunda Conferencia Regional Intergubernamental sobre Envejecimiento de América Latina y el Caribe, llevada a cabo por la CEPAL y el gobierno de Brasil el año 2007. Esto, toda vez que, fue mediante este instrumento internacional, que los Estados americanos, expresaron formalmente por primera vez, su interés por impulsar la elaboración de un acuerdo internacional multilateral destinado a la promoción y protección efectiva y específica de los derechos humanos de las personas mayores²⁶.

La Declaración de Brasilia de 2007 dio lugar a la Declaración de Compromiso de Puerto España de 2009, instrumento internacional a través del cual, los Estados americanos se comprometieron a realizar con el apoyo de la OPS y la CEPAL, un examen sobre la viabilidad de elaborar una Convención Interamericana destinada a la protección y promoción de los derechos humanos de las personas mayores. Así, luego de múltiples reuniones posteriores a la Declaración de Compromiso de Puerto España, los Estados americanos acordaron la elaboración y texto de la Convención, la cual en definitiva fue aprobada el 15 de junio de 2015 por la OEA, y ratificada el 15 de agosto de 2017 por nuestro país.

²⁶ MORA BIERE, Tania y HERRERA MUÑOZ, Felipe. Editores. Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores. Análisis de brechas legislativas y propuestas para su implementación. Santiago. Ediciones SENAMA, 2018, p. 21. Disponible en: http://www.senama.gob.cl/storage/docs/SENAMA_libro_DDHH_final_FINAL.pdf.

La importancia de la CIDHPM radica en que ella constituye el primer y hasta la fecha, único tratado internacional destinado a la promoción y protección efectiva y específica de los derechos humanos de las personas mayores. En efecto, constatamos que, antes de la entrada en vigencia de este tratado, no existía ningún instrumento internacional jurídicamente vinculante destinado a la promoción y protección efectiva y específica de los derechos humanos de las personas mayores, sino que los derechos humanos de los integrantes de este grupo social eran, y cabe reconocer, actualmente siguen siendo, en el caso de los Estados que no han suscrito la Convención, únicamente promovidos y resguardados a través del conjunto de normas generales, instituciones e instrumentos internacionales pertenecientes a la categoría de “*soft law*” o derecho blando, todos integrantes del régimen internacional de protección de los derechos humanos comprendido en un sentido amplio. Algunas de las normas generales, instituciones e instrumentos referidos son: la DUDH (1948); el PIDCP (1966); el PIDESC (1966); la CADH (1969); la Resolución 46/91 sobre los Principios de Naciones Unidas sobre las Personas de Edad, adoptada en 1991 por la Asamblea General de dicho organismo; el Plan de Acción Internacional de Viena de 1982; el Plan de Acción Internacional de Madrid de 2002, entre otros.

Es importante destacar, que la promoción y protección efectiva y específica de los derechos humanos de las personas mayores a la que está destinada la Convención, se constata tanto por su objetivo como por el propio régimen de protección que establece. En concreto, sobre este último punto, señalamos que, la CIDHPM instituye una serie de principios, derechos y obligaciones impuestas a sus Estados parte, los cuales conforman un marco mínimo de protección de los derechos humanos de las personas mayores, jurídicamente vinculante a nivel interamericano, el cual se caracteriza, por un lado, por el reconocimiento y exigencia de tratamiento de las personas mayores como sujetos de derecho plenos y no como meros sujetos de protección, y por otro, por la identificación de una serie de desigualdades y problemas específicos que experimenta este grupo social, los cuales se reconoce afectan el pleno goce y ejercicio de sus derechos humanos, y por ello, se promueve y exige su corrección y resolución por la Convención. Algunas de las desigualdades y problemas referidos son: la carencia de protección judicial efectiva; la falta de cobertura y calidad de los sistemas de protección social para resguardar a las personas mayores frente a consecuencias que puede conllevar la vejez como la pérdida de capacidad funcional y el retiro laboral; la falta de

reconocimiento de la contribución y participación activa de las personas mayores en la economía de la familia, la comunidad y la sociedad; los problemas de discriminación, de exclusión y de maltrato en sus diversas formas, entre otros.

Finalmente, cabe señalar, que todo lo anterior no es sino expresión de uno de los cuatro procesos históricos de los derechos humanos que bien identifica BOBBIO, a saber, del proceso de especificación de los derechos humanos, el cual consiste en la concreción de los derechos humanos en función de las características propias de un grupo o clase social, para hacer materialmente viable su disfrute²⁷.

Por otra parte y para culminar este apartado, señalamos que, el texto de la CIDHPM se organiza en un Preámbulo y siete capítulos, divididos en 41 arts. En concreto, el contenido del preámbulo y capítulos referidos es el siguiente: 1) Preámbulo: expone los motivos y el propósito de la Convención. 2) Capítulo I: contiene el objeto de la Convención e incluye su ámbito de aplicación y definiciones. 3) Capítulo II: establece los Principios Generales que rigen la aplicación de las disposiciones de la Convención. 4) Capítulo III: establece las obligaciones que la Convención impone a los Estados que la han suscrito. 5) Capítulo IV: establece el listado de derechos que reconoce y protege la Convención a las personas mayores. 6) Capítulo V: se encarga de establecer las obligaciones de los Estados entorno a la promoción de los derechos protegidos por la Convención. 7) Capítulo VI: establece los mecanismos de control y de seguimiento de las disposiciones de la Convención. 8) Capítulo VII: establece las disposiciones generales de la Convención relativas a su firma, ratificación, adhesión y entrada en vigor, así como a la formulación de reservas y su denuncia, su forma de depósito y enmienda.

1.2 Principios generales aplicables a la CIDHPM

Los principios generales aplicables a la CIDHPM se encuentran establecidos en el Capítulo II, art. 3º de su texto, que al respecto establece:

²⁷ LLAMAS CASCÓN, Ángel. Editor. La figura y el pensamiento de Norberto Bobbio. Madrid. Universidad Carlos III, 1994, pp.178-179. Disponible en: https://earchivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/9293/bobbio_asis_1994.pdf?sequence=1.

“CAPÍTULO II

PRINCIPIOS GENERALES

Art. 3.

Son principios generales aplicables a la Convención:

- 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.
- f) El bienestar y cuidado.
- g) La seguridad física, económica y social.
- h) La autorrealización.
- i) La equidad e igualdad de género y enfoque de curso de vida.
- j) La solidaridad y fortalecimiento de la protección familiar y comunitaria.
- k) El buen trato y la atención preferencial.
- l) El enfoque diferencial para el goce efectivo de los derechos de la persona mayor.
- m) El respeto y valorización de la diversidad cultural.

n) La protección judicial efectiva.

o) La responsabilidad del Estado y participación de la familia y de la comunidad en la integración activa, plena y productiva de la persona mayor dentro de la sociedad, así como en su cuidado y atención, de acuerdo con su legislación interna”.

Como resulta explícito de las disposiciones antes transcritas, la CIDHPM instaure de forma expresa una multiplicidad de principios que informan la aplicación y cumplimiento de sus normas. Estos principios tienen como función servir como marco de referencia u orientación para la interpretación e integración de las normas que la Convención establece, y se caracterizan por constituir principios propios de la Convención, algunos de los cuales son en cierta medida nuevos y otros tradicionales, pero con un contenido específico que los distingue.

La novedad de algunos de los principios establecidos por la CIDHPM, cabe aclarar, radica en el hecho de que éstos se tratan de principios no tradicionales del derecho internacional de los derechos humanos, los cuales han sido por primera vez consagrados de forma expresa en un instrumento internacional jurídicamente vinculante, y que responden a desigualdades y problemas específicos que experimentan las personas mayores. Algunos de los principios a que hacemos referencia son: la valorización de la persona mayor, su papel en la sociedad y contribución al desarrollo; la autonomía, independencia y protagonismo de la persona mayor; el bienestar y cuidado; la autorrealización; el buen trato y la atención preferencial; entre otros.

Respecto de los principios tradicionales establecidos por la CIDHPM podemos señalar que, algunos de ellos son: la promoción y defensa de los derechos humanos; la dignidad; la igualdad y no discriminación; la protección judicial efectiva, entre otros. Es importante aclarar, que la tradicionalidad de los principios a que hacemos referencia, dice relación con el hecho de que estos principios se tratan de principios básicos del derecho internacional de los derechos humanos, los cuales históricamente han informado la aplicación y cumplimiento de prácticamente todo el conjunto de instrumentos e instituciones que conforman esta rama del derecho, desde la DUDH en adelante. Estos principios, sin embargo, como hemos afirmado, dentro del marco de la Convención revisten particularidades que los diferencian de su

concepción tradicional, las cuales, en términos generales, consisten en la adecuación y orientación de estos principios a la corrección y resolución de desigualdades y problemas específicos que experimentan las personas mayores. Este último rasgo, cabe afirmar, aunque ya a esta altura resulte reiterativo hacerlo, es común a todos los principios y normas establecidos por la Convención.

1.3 Obligaciones establecidas por la CIDHPM

Las obligaciones o deberes que la CIDHPM impone a sus Estados parte, se encuentran consagrados en el capítulo tercero de su texto y en concreto son:

Adoptar medidas para prevenir, sancionar y erradicar aquellas prácticas contrarias a la Convención.

Adoptar las medidas afirmativas y realizar los ajustes razonables que sean necesarios. No se considerarán discriminatorias, en virtud de la Convención, las medidas afirmativas y ajustes razonables que sean necesarios, para acelerar o lograr la igualdad de hecho de las personas mayores.

Adoptar y fortalecer todas las medidas legislativas, administrativas, judiciales, presupuestarias y de cualquier otra índole, incluido un adecuado acceso a la justicia a fin de garantizar a la persona mayor un trato diferenciado y preferencial en todos los ámbitos.

Adoptar las medidas necesarias y cuando lo consideren en el marco de la cooperación internacional.

Promover instituciones públicas especializadas en la protección y promoción de los derechos de la persona mayor y su desarrollo integral.

Promover la más amplia participación de la sociedad civil y de otros actores sociales, en particular la persona mayor, en la elaboración, aplicación y control de políticas públicas y legislación dirigida a la implementación de la presente Convención.

Promover la recopilación de información adecuada, incluidos datos estadísticos y de investigación, que le permitan formular y aplicar políticas, a fin de dar efecto a la presente Convención.

1.4 Derechos específicos de las personas mayores reconocidos y amparados por la CIDHPM

En apartados anteriores vimos que la CIDHPM se destaca por constituir el primer y hasta la fecha único tratado internacional destinado a la promoción y protección efectiva y específica de los derechos humanos de las personas mayores, asimismo expusimos la relevancia que tiene el establecimiento por parte de la CIDHPM de un régimen específico de protección de los derechos humanos de las personas mayores y la razón por la cual dicha especificación es necesaria. Pues bien, dicha especificidad también se ha decantado en el establecimiento de ciertos derechos consagrados en el capítulo IV de la Convención, algunos de los cuales son:

1. Derecho a la igualdad y no discriminación por razón de edad (art. 5°).
2. Derecho a la vida y dignidad en la vejez (art. 6°).
3. Derecho a la independencia y autonomía (art. 7°).
4. Derecho a la participación e integración comunitaria (art. 8°).
5. Derecho a la seguridad y a una vida sin violencia (art. 9°).
6. Derecho a no ser sometido a tortura ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes (art. 10°).
7. Derecho a brindar consentimiento libre e informado en el ámbito de la salud (art. 11°).
8. Derecho a la privacidad e intimidad (art. 16°).
9. Derecho a la seguridad social (art. 17°).
10. Derecho al trabajo (18°).
11. Derecho a la salud (art. 19°).
12. Derecho a la educación (20°).
13. Derecho a la cultura (21°).
14. Derecho a la recreación, al esparcimiento y el deporte (22°).

15. Derecho a la propiedad (art. 23°).
16. Derecho a la vivienda (art.24°).
17. Derecho a la accesibilidad y movilidad personal (art. 26°).
18. Derecho a la protección ante situaciones de riesgo y emergencias humanitarias (art. 29°).
19. Derecho a igual reconocimiento como persona ante la ley (art. 30°).

Por su importancia para la presente investigación reproducimos la norma que consagra el derecho a la propiedad, norma a la cual nos referiremos al momento de analizar el estatuto de propiedad en nuestro país y otras instituciones e instrumentos del derecho privado vinculadas.

“Art.30.

Derecho a la propiedad.

Toda persona mayor tiene derecho al uso y goce de sus bienes y a no ser privada de estos por motivos de edad. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social.

Ninguna persona mayor puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley.

Los Estados Parte adoptarán todas las medidas necesarias para garantizarle a la persona mayor el ejercicio del derecho a la propiedad, incluida la libre disposición de sus bienes, y para prevenir el abuso y la enajenación ilegal de su propiedad.

Los Estados Parte se comprometen a adoptar medidas para eliminar toda práctica administrativa o financiera que discrimine a la persona mayor, principalmente a las mujeres mayores y a los grupos en situación de vulnerabilidad respecto del ejercicio de su derecho a la propiedad”.

CAPÍTULO 3

MARCO INSTITUCIONAL Y NORMATIVO DE PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS MAYORES EN CHILE

3.1 Marco Institucional

Desde el punto de vista institucional público, entendida la institución pública como aquel elemento del poder estatal de carácter colectivo y permanente, cuyo objeto es la satisfacción de una necesidad social ética²⁸, la protección de las personas mayores en Chile ha sido encomendada al SENAMA, mediante la Ley N° 19.828 (2002), el cual fue creado como un servicio público funcionalmente descentralizado, con personalidad jurídica y patrimonio propio, y cuya supervigilancia quedó sometida al Presidente de la República, a través del MDSF, siendo entre otras sus funciones:

a) Estudiar y proponer al Presidente de la República las políticas, planes y programas que deban efectuarse para diagnosticar y contribuir a la solución de los problemas del adulto mayor, velar por su cumplimiento y evaluar su ejecución;

b) Proponer, impulsar, coordinar, hacer seguimientos y evaluar programas específicos para el adulto mayor que se realicen a través de la Administración del Estado;

c) Incentivar la participación del sector privado en la atención de aquellas necesidades y solución de los problemas derivados del proceso de envejecimiento;

d) Fomentar la integración del adulto mayor en el seno de su familia y de la comunidad y promover la inserción social de los adultos mayores de forma que se mantengan activos en beneficio propio y en el de la comunidad;

²⁸ VERDUGO MARINKOVIC, Mario y GARCÍA BARZELATTO, Ana. Manual de Derecho Político. Instituciones Políticas. Santiago. Editorial Jurídica de Chile, Tomo I, 2010, pp. 25-26.

e) Estimular la coordinación del sector privado con el sector público en todas aquellas acciones que digan relación con mejorar la calidad de vida del adulto mayor;

f) Prestar asistencia técnica y supervisar a organismos privados con o sin fines de lucro que brinden acogida y atención integral al adulto mayor que facilite su inserción a la sociedad;

g) Desarrollar y mantener un sistema voluntario de información de carácter público relativo a los servicios que se presten al adulto mayor;

h) Realizar, por sí o a través de terceros, programas de capacitación y difusión que tiendan a lograr el desarrollo integral del adulto mayor en sus distintas áreas y niveles;

i) Realizar, por sí o a través de terceros, estudios que tengan por objeto mantener un permanente diagnóstico sobre la diversidad de situaciones que caractericen al adulto mayor;

j) Vincularse con organismos nacionales e internacionales, y en general con toda institución o persona, cuyos objetivos se relacionen con las materias de su competencia, y celebrar con ellos contratos o convenios para ejecutar proyectos o acciones de interés común;

k) Incentivar la descentralización de las políticas sociales en favor del adulto mayor, a través de la participación activa en la gestión y aplicación de dichas políticas por los gobiernos regionales, provinciales y comunales y,

l) Fomentar y promover la inserción del adulto mayor en el mundo del trabajo.

Para el ejercicio de estas funciones y el cumplimiento de su objeto, cual es según el art. 1 de la Ley 19.828 el de “la plena integración del adulto mayor a la sociedad, su protección ante el abandono e indigencia, y el ejercicio de los derechos que la Constitución de la República y las leyes le reconocen”, el SENAMA se sirve principalmente de la colaboración de dos entidades. La primera de ellas corresponde a los Consejos Asesores Regionales Mayores creados mediante decreto N° 8 del MISEGPRES, y cuya misión es la de proponer políticas, medidas o instancias destinadas a fortalecer la participación de las personas mayores en cada región, proteger sus derechos y el ejercicio de una ciudadanía activa entre otros propósitos. La segunda de estas entidades colaboradoras, corresponde a los Comités Regionales para el

Adulto Mayor, creados a través de la propia Ley N° 19.828, como órganos encargados de realizar todas aquellas acciones encomendadas por el SENAMA tendientes a la implementación de la Política Nacional del Adulto Mayor, administrar de acuerdo al Reglamento (DS N° 115/2003, MISEGPRES) el Fondo Nacional del Adulto Mayor y los demás recursos que le sean donados o legados para fines específicos y asesorar al Intendente en la promoción y aplicación a nivel regional de los planes y programas que beneficien al adulto mayor.

Finalmente, a nivel de políticas públicas directivas, entendidas estas como el mecanismo a través del cual el Estado se relaciona con la sociedad civil, es decir como el comportamiento propositivo, intencional, planeado y causal respecto de determinados asuntos que concitan atención, interés y movilización en los actores de la sociedad, debe destacarse la reciente implementación de la Política Integral de Envejecimiento Positivo (2012) que vino a sustituir a la antigua Política Nacional del Adulto Mayor (1996-2012), siendo sus objetivos generales, el de: (i) proteger la salud funcional de las personas mayores, (ii) mejorar su integración a los distintos ámbitos de la sociedad e (iii) incrementar sus niveles de bienestar subjetivo. El primer de estos objetivos busca que las personas mayores sean autovalentes, pero sin desconocer la importancia del apoyo a personas mayores que desarrollen dependencia. El segundo objetivo general busca construir una sociedad para todos, donde las personas mayores mejoren su integración y participación en el ámbito social, económico, cultural y espacial. El tercer objetivo es de tipo transversal y busca que la Política Integral de Envejecimiento Positivo, en cada una de sus etapas, contribuya a que las personas mayores evalúen la calidad de su vida de forma favorable y positiva, fijándose en definitiva para ello metas de corto plazo (2012-2014), mediano (2015-2019) y largo plazo (2020-2025).

3.2 Marco Normativo

Como todo ordenamiento jurídico, el nuestro reconoce distintos niveles normativos en su configuración interna reconociéndole a cada uno de éstos distinta jerarquía y relevancia. Las normas jurídicas se organizan jerárquicamente en una estructura piramidal, en que las

normas inferiores deben encontrarse en armonía y supeditarse a las normas de jerarquía superior²⁹.

En la cúspide de nuestro ordenamiento se encuentra la CPR de 1980. Siendo esta la principal fuente del ordenamiento jurídico chileno y la base de nuestra institucionalidad.

Respecto a los tratados internacionales, se ha discutido la jerarquía de los tratados sobre Derechos Humanos, esto principalmente por lo dispuesto, en el inciso segundo del art. 5° de la CPR, el cual post reforma de 1989 prescribe: “El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”.

Del tenor de la disposición antes citada y la historia fidedigna de su establecimiento, se ha sostenido que los tratados internacionales sobre derechos humanos tienen rango constitucional. En este sentido NOGUEIRA quien afirma: “En efecto, no hay otra interpretación armónica del texto constitucional que sea coherente, además, con el tenor literal del artículo 5°, sino aquella que sostiene que el constituyente originario deliberadamente subordinó la potestad estatal (soberanía) a las exigencias de la naturaleza humana que es la que determina el derecho natural, por lo tanto, la institucionalización de tal derecho no puede constituir inconstitucionalidad, ya que el propio constituyente, dejó constancia en la historia fidedigna del precepto, que el Estado debe asegurar y promover tales derechos, independientemente de si están considerados en el texto formal de la Constitución, ya que ello deriva del valor de la dignidad y los derechos de la persona como valor supremo de nuestro ordenamiento jurídico (artículo 1° en armonía con artículo 5° inciso 2°, ambos textos constituyen bases esenciales de la institucionalidad)”³⁰. En base a lo anterior y otras consideraciones, el autor concluye: “Es así, que la voluntad del constituyente es de otorgarle a los tratados en materia de derechos humanos un tratamiento, jerarquía y modalidad de

²⁹ FIGUEROA YAÑEZ, Gonzalo. Curso de Derecho Civil. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, Tomo I, 2010, pp. 21-33.

³⁰ NOGUEIRA ALACALÁ, Humberto. Los tratados internacionales en el ordenamiento jurídico chileno. Talca. Revista Ius et Praxis, Vol. 2, N° 2, 1997, p.27. Disponible en: <https://www.redalyc.org/pdf/197/19720203.pdf>.

interpretación distinta a los otros tratados internacionales, siendo su jerarquía en el ordenamiento interno superior a la ley y al constituyente derivado, pero subordinado al constituyente originario, que estableció como base de la institucionalidad los derechos humanos, y especificó que ellos limitaban la soberanía o potestad del Estado”³¹.

En suma para NOGUEIRA el rango constitucional de los tratados de derechos humanos deriva de: 1) La naturaleza misma de los derechos humanos, cual es, la de tratarse de derechos inherentes a la persona humana, fundamentados en su dignidad, y caracterizados por su universalidad, inalienabilidad, indivisibilidad e interdependencia. 2) El principio de servicialidad del Estado y deber de resguardo y promoción de los derechos y garantías de las personas, dentro de los cuales se incluyen los derechos humanos. 3) La interpretación armónica de los arts. 1 inciso 2 y 5 inciso 2 de la CPR, que lleva a la conclusión de que ella no sólo impone al Estado un deber de respeto y promoción de los derechos humanos consagrados en su texto, sino también los que consagran los tratados internacionales sobre derechos humanos³².

Discrepando con la interpretación antes expuesta, RÍOS quién sostiene que los tratados internacionales sobre derechos humanos no pueden tener rango constitucional. Señala: “A nuestro juicio, la ampliación de sentido que la reforma agrega al texto original consiste en subsanar una notoria omisión de la CPR de 1980, que tiene trayectoria en el derecho comparado y precedente en nuestra propia historia constitucional.

³¹ *Ibíd.*, p. 28.

³² La interpretación de NOGUEIRA sobre la disposición en comento, destáquese, permite sustentar lo que en doctrina ha sido denominado como bloque constitucional de derechos fundamentales, el cual ha sido definido por este autor como aquel: “constituido por los atributos y garantías de los derechos esenciales o fundamentales, asegurados directamente por la Constitución y por las normas de reenvío expresa y directamente establecidas por ella y que remiten al Derecho Internacional convencional, constituyendo así un bloque de derechos que tienen una unidad indisoluble por su común fundamento que es la dignidad humana, siendo todos estos derechos atributos que emanan de la dignidad humana, como lo determinan tanto el propio texto fundamental como las fuentes del derecho internacional, principalmente las fuentes convencionales de este último”. NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. El Bloque Constitucional de Derechos en Chile, el parámetro de control y consideraciones comparativas con Colombia y México: doctrina y jurisprudencia. Talca. Revista de Estudios Constitucionales, Año 13, N° 2, 2015, p.312. Disponible en: https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002015000200011. La importancia de la noción de bloque constitucional de derechos fundamentales, señalamos, se haya en la posibilidad de ampliar e identificar derechos y garantías fundamentales más allá del texto constitucional y en el entendimiento de estos derechos y garantías como un límite absoluto a la actuación y competencias del Estado.

Nos referimos al deber de promoción de los derechos fundamentales por parte del Estado y de sus órganos; deber que, en la CPR de 1980 se constreñía sólo a "la integración armónica de todos los sectores de la nación" (art. 1º inc. 5º)³³.

De acuerdo con este autor quien analiza el derecho comparado, los tratados internacionales tienen un tratamiento semejante al legal o se reconoce su jerarquía constitucional por una norma expresa de la carta fundamental. Cuestión que no ocurre en Chile, por lo cual debe ser descartada dicha tesis a juicio del profesor.

Los planteamientos antes expuestos, cabe hacer presente, no agotan la discusión, así otras opiniones sobre la materia son: que los tratados sobre derechos humanos tienen jerarquía supra constitucional³⁴, que estos tienen jerarquía superior a la ley, pero inferior a la CPR³⁵, y

³³ RÍOS ÁLVAREZ, Lautaro. Jerarquía normativa de los tratados internacionales sobre los derechos humanos. Talca. Revista Ius et Praxis, Vol. 2, N° 2, 1997, pp.102-103. Disponible en: <https://www.redalyc.org/pdf/197/19720208.pdf>.

³⁴ Exponente de esta posición es el profesor PACHECO, quien basándose en un argumento histórico, sostiene que los tratados internacionales sobre derechos humanos tienen un rango supraconstitucional, pues surgen como respuesta a la necesidad de garantizar la vigencia a-espacial y a-temporal- de aquellas prerrogativas naturales e inmanentes del hombre (derechos humanos), que comenzaron a reconocerse y garantizarse en las constituciones occidentales a principios del siglo XX y que no fueron suficientemente cubiertas por ellas. PACHECO GÓMEZ, Máximo. Supraconstitucionalidad de los Derechos Fundamentales. Santiago. Revista de Derecho, 1993, Vol. 20, N° 2-3, 1993, pp. 897-899.

³⁵ Defensor de esta postura es BERTELSEN, quien a partir de un argumento relativo al texto del art. 5 de la CPR y la historia fidedigna de su establecimiento, sostiene que los tratados sobre derechos humanos tienen un rango superior a la ley, pero inferior a la CPR. Los argumentos referidos son: 1) Que la redacción original del inciso segundo del art. 5 de la CPR hacía referencia a los derechos que emanan de la naturaleza humana, sin emplear la palabra esenciales, que a la postre sería utilizada, lo que implica a partir de una lectura conjunta de los dos incisos de esta disposición que la soberanía no reconoce como límite toda facultad propia de la persona humana, sino solo las fundamentales. 2) Que la reforma inicialmente no se refería a los Tratados Internacionales, sino a "las normas internacionales que comprometan a Chile", concepto amplio que abarcaba incluso resoluciones de organismos internacionales y cuyo rango era considerado inferior a la CPR. 3) Que el informe que envía la Comisión Conjunta a la Junta Militar, en que se indica "en relación con los tratados a que se refiere esta norma, cabe señalar que su vigencia no obsta a la procedencia del recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad conforme a las reglas generales", da cuenta que los tratados tienen un rango inferior a la CPR, pues se encuentran sujetos a control de constitucionalidad. 4) Que la verdadera innovación de la reforma fue incluir en el deber constitucional del Estado de respetar y promover los derechos humanos garantizados en Tratados Internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, obligación que ya estaba explícita para los derechos consagrados en la CPR, en sus artículos 6º y 7º. BERTELSEN REPETTO, Raúl. "Rango jurídico de los tratados internacionales en el derecho chileno". Revista Chilena de Derecho, Tomo I, Vol. 23 N° 2 y 3, pp. 211-222. Disponible en:

finalmente que son los derechos humanos contenidos en los tratados los que gozan de jerarquía constitucional y no el tratado en sí³⁶.

Sin afán de extenderse en esta discusión, destacamos que, en nuestra opinión, los tratados internacionales cualquiera sea su naturaleza, una vez han sido incorporados por nuestro ordenamiento³⁷, pasan a conformar parte de él, y en tal sentido, es indiscutido su valor jurídico, independiente de la concreta jerarquía que se les asigne, última cuestión que tiene relevancia en caso de colisión de normas.

Finalmente, continuando con el conjunto de normas que conforman nuestro ordenamiento jurídico, encontramos a la ley y los decretos, ambas normas inferiores cuya subordinación a la CPR es indiscutible. En fin, en lo que sigue de este apartado nos proponemos analizar todo el compendio de normas antes señaladas, en base al criterio de la mayor o menor protección que éstas brindan a las personas mayores.

3.2.1 Regulación constitucional

A diferencia de lo que ocurre en otras latitudes, cítese el caso español³⁸, donde la protección de las personas mayores se reconoce a nivel constitucional, en nuestra Carta Magna no existe ninguna disposición que se refiera expresamente a este grupo etario. Aun así, frecuentemente se ha señalado que la garantía de seguridad social, contenida en el numeral 18 del art. 19 de la CPR constituye una excepción por comprender contingencias que

³⁶ Esta postura es planteada por CUMPLIDO quien afirma “En relación con las diversas controversias de interpretación a que ha dado lugar la modificación en estudio, me parece útil formular la que, de acuerdo a lo que pensamos en aquella época, se ajustaría más al propósito perseguido. En primer término, lo que deseamos incorporar fueron los derechos sustantivos contenidos en los tratados internacionales sobre derechos humanos, ya que no teníamos tiempo suficiente para hacer una revisión exhaustiva del art.19 de la CPR. Si en todo tratado es posible distinguir las normas sustantivas de las organizacionales y las de procedimiento, nuestra intención no fue darle rango constitucional a todo el tratado, sino exclusivamente a los derechos humanos del tratado”. CUMPLIDO CERECEDA, Francisco. Alcances de la Modificación del Artículo 5° de la Constitución Política Chilena en relación a los Tratados Internacionales. Santiago. Revista Chilena de Derecho, Vol.23, N°s 2 y 3, Tomo I, 1996, pp.257-258. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2649915>

³⁷ Destáquese que el procedimiento de incorporación de los tratados internacionales en el ordenamiento jurídico interno se encuentra regulado en los arts. 32 N° 17, 50 N°1 y 82 N° 2 de la CPR.

³⁸ “Los poderes públicos garantizarán, mediante pensiones adecuadas y periódicamente actualizadas, la suficiencia económica a los ciudadanos durante la tercera edad. Asimismo, y con independencia de las obligaciones familiares, promoverán su bienestar mediante un sistema de servicios sociales que atenderán sus problemas específicos de salud, vivienda, cultura y ocio”. Art.50. Capítulo Tercero, De los principios rectores de la política social y económica. Título I. De los derechos y deberes fundamentales. Constitución Española.

efectivamente guardan estrecha relación con las personas mayores, a saber, la enfermedad y la jubilación por vejez. De igual manera, se han destacado otras garantías del citado artículo que, al menos, indirectamente cubrirían la situación del adulto mayor. Tal es el caso por ejemplo, del numeral 1 que garantiza “el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona”, puesto que dicha protección no se restringiría a la vida desde la concepción hasta la muerte, concepto eminentemente biológico, sino que de forma más integral, a toda su esfera corporal y espiritual y durante todo el ciclo vital, incluyendo desde luego la vejez, o el numeral 2 de “la igualdad ante la ley”, en el entendido de que dicho derecho viene a constituir una garantía de paridad con la que se le atribuyen derechos inherentes a la persona por el sólo hecho de ser tales y, en dicha dimensión, no cabría hacer una distinción arbitraria sobre la base de la edad. Sin embargo, bajo la misma línea argumentativa, bien podríamos mencionar las demás garantías contenidas en nuestra constitución puesto que, en estricto rigor, se trata de garantías cuya seguridad es debida por nuestro Estado a todas las personas naturales y no sólo a la persona mayor.

3.2.2 Tratados Internacionales

En cuanto a los tratados vigentes en Chile, podemos encontrar los siguientes que de una u otra forma hacen mención a las personas mayores.

DUDH

Este tratado internacional al igual que nuestra Constitución no hace mención expresa en ninguno de sus disposiciones a la tercera edad o a las personas mayores. Se limita a señalar los derechos inherentes de los seres humanos de maneras genéricas, esto queda claramente graficado en su art. 2° N° 1, que establece “Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición.”.

PIDCP

Este tratado internacional vigente en Chile desde 1989, en pocas palabras viene a reafirmar y extenderse en los deberes de los estados en cumplir con los derechos humanos de la DUDH. En su art. 2º, Nº 1, prescribe: “Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.” A partir de esta disposición perfectamente se puede extraer los derechos reconocidos en el presente pacto también se deben reconocer atendiendo las particularidades que afectan a las personas de la tercera edad o que estén en la etapa de la vejez. No obstante, textualmente en este tratado tampoco se hace mención a esta etapa de la vida u a la tercera edad de manera expresa.

PIDESC

Al igual que los pactos anteriormente comentados, este pacto utiliza el mismo lenguaje para referirse a los titulares de los derechos de una manera omnicompreensiva. El tenor de su art. 2, Nº2, es el siguiente: “Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.”.

CADH

Lo mismo hay que señalar de la CADH. Este pacto establece una Corte Internacional para la tutela de los derechos humanos de las naciones americanas que lo acordaron, creándose una jurisdicción internacional para aquellas violaciones a los derechos humanos cuyo conocimiento y resolución soliciten los estados y las personas naturales de los mismos.

En la enumeración de deberes de los estados parte de la Convención en el art. 1º se prescribe:

“Art. 1. Obligación de Respetar los Derechos

1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

2. Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano.”

CIDHPM

En el gobierno de la expresidenta Michelle Bachelet Jeria (2014 – 2018), entro en vigencia la protección de los derechos humanos de las personas mayores, viniendo a complementar los anteriores tratados internacionales con derechos específicos que al fin atienden a las particulares características que hacen de las personas mayores un sector de la población que debe ser tratado de manera especial para efectos de evitar toda discriminación en razón de su edad.

En definitiva, destáquese que previo a la convención, los tribunales y organismos internacionales en su intento por integrar la condición de las personas mayores como categoría de discriminación, solían hacer alusión al enunciado “cualquier otra condición” que como está visto se incluye en la mayor parte de los tratados de derechos internacionales de derechos humanos en el entendido de que las razones por las cuales una persona puede llegar a ser discriminada injustificadamente no pueden enumerarse taxativamente y van de la mano con los tiempos y espacios de cada país. Sin embargo, los factores que rodean las discriminaciones y violaciones en los derechos de la persona mayor se probaron de tal particularidad y evidencia, que se hacía necesario establecer una convención que otorgue especial énfasis en la prevención de estas situaciones. Siendo pieza fundamental de este trabajo la Convención en comento nos reservaremos sus alcances e implicancias al siguiente capítulo, limitándonos a señalar que aquí obviamente se hace mención a las personas mayores y la vejez de manera expresa como condiciones por las cuales una persona pueda ver violados sus derechos humanos.

3.2.3 Leyes Nacionales

En este nivel, a diferencia de lo que ocurre con nuestra CPR, existe una considerable legislación relativa a las personas mayores. Así, la Ley N° 20.427 que modifica la Ley N° 20.066 sobre Violencia Intrafamiliar con el objeto de incorporar específicamente el maltrato al adulto mayor; en el mismo sentido la Ley N° 21.013 que en materia penal incorpora un nuevo delito de maltrato en el CP y aumenta la protección de las personas en situación de vulnerabilidad³⁹, considerándose expresamente en ella al adulto mayor; en igual materia destaca el art. 456 bis del CP que considera como agravante de la responsabilidad en el hurto o robo, la circunstancia de ser la víctima una persona mayor; la Ley N° 20.775 que establece el día nacional del adulto mayor; la Ley N° 20.531 que exime total o parcialmente, a los adultos mayores jubilados y en situación de vulnerabilidad⁴⁰ del 7% de cotización en salud y la Ley N° 21.256 de modernización tributaria que modifica la Ley N° 20.732 incorporando de este modo, bajo ciertas condiciones, la posibilidad de eximir de contribución territorial a las personas mayores .

En el ámbito civil en tanto, más allá de lo dispuesto en materia de violencia intrafamiliar destacan una serie de disposiciones contenidas en nuestro CC que, aunque no refieren expresamente a las personas mayores, indudablemente se aplican a su respecto; cítense en este sentido, los arts. 222 y 223 del deber de respeto y deber de asistencia y socorro, el art. 338 y siguientes de la tutela y curaduría con ocasión de la incapacitación y el art. 321 relativo a los alimentos que pueda perseguir de su descendencia.

3.2.4 Decretos

Finalmente a este nivel destaca en materia de vivienda, el DS N° 49 de 2011 del MINVU que, aprueba el Reglamento del Programa Fondo Solidario de Elección de Vivienda que exceptúa del requisito de núcleo familiar a las personas mayores que deseen optar a vivienda; el DS N° 106 de 2004 del MINVU que, dispone beneficios para los adultos mayores

³⁹ Esto es, a los beneficiarios de la Pensión Básica Solidaria y del Aporte Previsional Solidario.

⁴⁰ Ídem.

deudores del SERVIU; y DS N° 14 de 2008 del MINSAL que aprueba el Reglamento de Establecimientos de Larga Estadía para Adultos Mayores.

3.3 Modelo de garantías bajo la perspectiva de los derechos humanos en la actual legislación interna

Bajo las consideraciones anteriores, señalamos que, contrario a lo que parece recomendable bajo la perspectiva de los derechos humanos, latamente explicada en capítulos anteriores, en nuestro ordenamiento interno no existe un modelo de garantías en relación a las personas mayores por los siguientes motivos:

En primer lugar, porque no existe tal tratamiento dentro de nuestra CPR. Es decir, no existe una declaración de derechos y libertades asociada a la especificidad de las personas mayores, como tampoco existen normas directivas dirigidas a los poderes públicos en orden a hacerlas efectivas, lo que se explica a partir de la técnica legislativa empleada, la cual a grandes rasgos ha procurado alcanzar la mayor simplificación posible de sus disposiciones, en el entendido de que es tarea del legislador ordinario⁴¹ y no del constituyente, el dotar de contenido a la preceptiva constitucional. De hecho, las escasas referencias que existen dentro de nuestra CPR a la edad, como criterio de distinción, apenas refieren a las limitaciones etarias que existen para el ejercicio de ciertos cargos públicos que por lo demás superan los 60 años, edad límite desde la cual una persona pasa a reputarse persona mayor, según el criterio entregado por la Ley N° 19.828 que crea el SENAMA. Por lo tanto, los derechos y libertades de las personas mayores deben necesariamente comprenderse subsumidas sin distinción dentro de aquellas que se garantizan a la generalidad de las personas naturales⁴².

⁴¹ Cítese en ese sentido a modo ejemplar cuando en materia laboral, el CT en su art. 2 establece como acto de discriminación toda distinción, exclusión o preferencia basada en la edad que tenga por objeto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación; o bien, cuando la Ley N° 20.609 que establece medidas contra la discriminación, prescribe en su art. 2 como discriminación arbitraria toda distinción, exclusión o restricción que carezca de justificación razonable, efectuada por agentes del Estado o particulares, y que causen privación, perturbación o amenaza en el ejercicio legítimo de los derechos fundamentales establecidos por la CPR o en los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, en especial cuando se funden, entre otros motivos, en la edad.

⁴² Llámese la atención que lo mismo ocurre con respecto de la mujer en tanto sujeto de derecho. Sin embargo, tras la ratificación de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer,

En segundo lugar, porque contrario a las pretensiones expuestas, esta indeterminación a nivel constitucional, caracterizada por la falta de principios formativos, ha producido que la tarea del legislador ordinario en relación a la preceptiva aplicable a las personas mayores se vea dificultada, lo cual se evidencia en la fragmentación, dispersión y dispar jerarquía de la normativa de las personas mayores existente a lo largo de nuestro ordenamiento, lo cual termina produciendo problemas de falta de eficacia e integralidad en la protección de este grupo de personas.

Luego, destáquese que actualmente, a nivel institucional, no existe por parte de ningún organismo público, incluyendo al SENAMA, la atribución legal de entregar asesoría, monitoreo y representación judicial a personas mayores que no estén en condiciones de hacerlo, sea por su estado de salud, temor o incluso ignorancia de sus derechos, como si ocurre por ejemplo con el SENAME en relación a la eventual vulneración de derechos de que puedan ser objeto los menores de edad, contrariándose de ese modo de forma clara lo dispuesto en el art. 3° literal n) de la Convención, el cual establece como principio de la misma, la protección judicial efectiva de las personas mayores.

Por último, en términos de contenido, destáquese que, en general, el marco normativo de la persona mayor existente en nuestro ordenamiento interno, guarda una marcada tendencia a regular las obligaciones y derechos de familia, como el marco institucional de políticas públicas de carácter asistencialista, esencialmente sanitarias, lo cual en cierto modo nos da a entender que el legislador se ha guiado por una idea más bien estereotipada de la persona mayor, como la de una dependiente e incapacitada, sin que ello coincida ni con la realidad de la persona mayor, ni con los principios del enfoque de derechos humanos, los cuales se establecen más bien en función de respetar, garantizar y fortalecer su autonomía como presupuesto de su auto realización y del envejecimiento activo.

nuestro legislador estimo pertinente incorporar en el art. 19 N° 2 de la CPR que, “Hombres y mujeres son iguales ante la ley” como una forma de visibilizar la discriminación de que son objeto.

3.4 El estatuto del derecho de propiedad bajo la perspectiva de derechos humanos en la actual legislación

Siguiendo el criterio anterior, lamentamos el que se haya omitido un mayor desarrollo del estatuto de propiedad de las personas mayores considerando la estrecha vinculación que, indudablemente, posee con su autonomía económica y personal y que lo que pueda decirse de aquella, no sea sino desde la formulación general y formal con que se encuentra establecida en nuestro ordenamiento interno en términos que, por ejemplo, si la protección de la propiedad de la persona mayor se encuentra garantizada es simplemente porque se le comprende dentro de la universalidad de la población protegida en contra de una privación que carezca de causa legal. Pero dicha situación guarda dos especies de problemas; el primero de ellos, consiste en que dicha formulación general omite el resto del contenido protectivo de la Convención, omitiéndose incluso otras obligaciones, como, por ejemplo, las medidas necesarias para prevenir el abuso y enajenación ilegal de la propiedad de la persona mayor (art. 23 inciso tercero de la CIDHPM)⁴³. Pero además su carácter formalista, esto es, carente de contenido justificativo, invisibiliza la importancia que en función de la persona tiene la propiedad dentro de nuestro ordenamiento. En este sentido, bien es sabido que en general los juristas no cuestionan la justificación de la propiedad, sino que analíticamente se le tiene dada como aquel conjunto de facultades exclusivas otorgadas al dueño de un bien. Aserto que, fuera de sus presupuestos históricos, se obtiene textualmente de la única disposición que define a la propiedad dentro de nuestro ordenamiento, el art. 582 del CC, el cual establece que "el dominio (que se llama también propiedad) es el derecho real en una cosa corporal, para gozar y disponer de ella arbitrariamente; no siendo contra la ley o el derecho ajeno". Pero la propiedad, además de ser en estos términos un auténtico derecho subjetivo es también la más importante institución dentro de nuestro derecho patrimonial, porque de él derivan los demás

⁴³ Sin perjuicio de ello destáquese que actualmente se encuentran en tramitación los siguientes proyectos, refundidos: 1. Modifica el CP para sancionar como estafa calificada el engaño orientado a obtener de adultos mayores la suscripción de mandatos u otros títulos que afecten su patrimonio (Boletín N° 10.522); 2. Modifica la Ley N° 20.066 que establece ley de violencia intrafamiliar para sancionar el abuso económico y patrimonial en contra de los adultos mayores que indica (Boletín N° 11.866); 3. Modifica el CP, el CPP y la ley 20.066 sobre violencia intrafamiliar, para prevenir y sancionar penalmente le abuso patrimonial contra adultos mayores y personas con discapacidad (Boletín N° 12.759-.07).

derechos reales, y porque es el quien dota de estabilidad y seguridad a las relaciones jurídicas que se configuran en nuestro universo jurídico en el contexto de un sistema económico liberal del que no sólo forma parte sino incluso constituye su propio fundamento. De allí que, incluso, cuando se habla de la propiedad en el marco del derecho civil clásico resulte forzoso hablar de su protección, de la libre circulación de los bienes, de la libre iniciativa económica y desde luego, de la libertad contractual, es decir, resulta forzoso pensar y evaluar la coherencia existente entre la institución y el sistema como una exigencia funcional de aquella. Por lo demás, que los restantes derechos reales deriven de la propiedad no resulta un hecho accesorio, puesto que en estricto rigor con la regulación del derecho de propiedad nuestro CC quiso abarcar y estructurar, intencionadamente, un espectro amplio de las relaciones jurídico reales que se producen entre las personas y los bienes, con el claro objeto de que todo aquel que tenga un interés quede amparado por la norma, de modo que la protección que dimane de ella alcance no sólo al dueño, sino también al poseedor, e incluso al mero tenedor de la cosa. De ahí que, a la hora de examinar íntegramente la propiedad como institución, no resulte azaroso que esto se extienda y resulte incluso necesario en relación a las llamadas limitaciones del dominio, las cuales a decir de BARCIA “se suele señalar, son derechos reales menos completos que el dominio. Sin embargo, estos derechos son mucho más que eso desde que son una forma de utilizar los bienes, o sea, un mecanismo a través del cual opera el mercado”⁴⁴. Interpretación a la que, creemos, adhiere la propia Convención por dos especies de razones, una de carácter literal: el art. 23 del derecho de propiedad establece que “Los Estados Parte adoptarán todas las medidas necesarias para garantizarle a la persona mayor el ejercicio del derecho a la propiedad, incluida la libre disposición de sus bienes.”, dejando entrever que dicho ejercicio no se restringe a la disposición material o jurídica de lo que se tiene en dominio, y en segundo lugar porque la Convención a lo largo de toda su estructura, contextualiza reiteradamente la consagración del derecho de propiedad con una expresa referencia a la esfera económica de la persona, cítese por ejemplo, su preámbulo al señalar que, con arreglo a la DUDH y la CADH, la libertad exige condiciones para el goce de los derechos económicos; que toda persona al envejecer debe seguir disfrutando de una vida

⁴⁴ BARCIA LEHMANN, Rodrigo. Lecciones de Derecho Civil Chileno. De los Bienes. Santiago. Editorial Jurídica de Chile, Tomo IV, 2010, p. 159.

plena, independiente y autónoma con participación activa en la esfera económica. El reconocimiento a la contribución actual y futura que pueda realizar en el desarrollo económico de un país. El que a propósito de la discriminación de que es susceptible la persona mayor, se mencione a la distinción, exclusión y restricción que anule o restrinja el reconocimiento, goce y ejercicio en igualdad de condiciones sobre su esfera económica. Y así, que en definitiva el envejecimiento activo importe también optimizar su actividad económica, todo lo cual presume la existencia de un activo que sustente la participación en los intercambios que se producen en dicha actividad, lo que en buena medida justifica el porqué la propia Convención se encarga de no dejar cabos sueltos consagrando el propio derecho a la propiedad dentro de la garantía de igual reconocimiento como persona ante la ley en estrecho vínculo con su capacidad.

Por estas razones, la interrogante a responder con la incorporación de la Convención a nuestro ordenamiento interno, en particular con la consagración de la propiedad en aquella, no es tan sólo si se garantiza el ejercicio de todas las facultades propias del dominio sobre las cosas, comprendiéndose en ello el que los propietarios no se vean expuestos a acciones ilegales o discriminatorias, que en el caso de ocurrir puedan ser enfrentadas mediante herramientas procesales adecuadas que restablezcan el derecho. Antes bien, lejos de esta interpretación que no es errada pero si aislada y eminentemente formalista sobre el derecho de propiedad, la pregunta que realmente debemos hacernos bajo la perspectiva de los derechos humanos, es si acaso el Estado tutela efectivamente su ejercicio, mediante un estatuto que además cuente con instituciones e instrumentos eficaces y eficientes que garanticen el mayor y más íntegro provecho de la propiedad en sus posibilidades actuales y futuras, asumiéndose de este modo que la propiedad no es axiológicamente neutra sino que muy por el contrario posee, en función de una persona real y materialmente desigual, un valor social y económico considerable; social en cuanto condiciona el grado de actuación de su propio proyecto personal dentro de la sociedad civil y económico en cuanto determina el nivel de satisfacción o auto afirmación de sus necesidades individuales. Recordemos en este sentido una vez más que, el propósito del enfoque basado en derechos humanos es analizar las desigualdades que generan los problemas de desarrollo, corregir prácticas que discriminan y resolver el reparto injusto de poder que obstaculizan el progreso en materia de desarrollo humano.

Por último, dejemos presente que, en el plano de la filosofía del derecho existe una larga e irresoluta discusión en torno a si el derecho de propiedad es o no, por definición, un derecho humano, respecto de la que preferimos no hacernos parte puesto que lo que nos interesa hacer, sin perjuicio de su naturaleza, es más bien dar cuenta de su fundamentación económica social, es decir material, en el contexto de una amplia positivación tanto en el derecho internacional de los derechos humanos como interno que, en cierto modo a los fines prácticos de este trabajo, la torna innecesaria. Por lo demás, el indudable soporte que ejerce respecto de otros derechos humanos como la igualdad, la seguridad, la libertad y autonomía, y su estrecha relación con otras instituciones e instrumentos del derecho privado, como ocurre por ejemplo con el contrato y la sucesión por causa de muerte, el cual termina por atarlo a la generalidad del derecho patrimonial, nos hace llegar a la convicción de que la revisión de su estatuto dentro de nuestro ordenamiento, habida cuenta de su incorporación dentro de la convención, no es tan sólo importante sino prioritaria en aquellos aspectos.

CAPÍTULO 4

ANÁLISIS Y EVALUACIÓN DEL DERECHO DE PROPIEDAD DE LAS PERSONAS MAYORES EN CHILE, EN ATENCIÓN A LOS LINEAMIENTOS BÁSICOS QUE ESTABLECE LA CIDHPM

4.1 Aspectos generales del derecho de propiedad privada dentro de nuestro ordenamiento interno

En términos conceptuales, PEÑAILILLO introduce muy bien la situación de la propiedad dentro del derecho interno al señalar que “por su naturaleza y trascendencia, dista mucho de haber unanimidad en sus concepciones fundamentales. Su concepto, sus modalidades en épocas primitivas, la clase de bienes que han de ser susceptibles de propiedad privada, las facultades que debe significar para el propietario, las restricciones y cargas que debe soportar, motivan controversias interminables”⁴⁵. Por este motivo agrega que, desde la dogmática propietaria, apenas resulta posible esbozar una generalización, cual es, la de haberse transitado de una concepción muy liberal de la propiedad, a una sujeta a restricciones y cargas en favor de la colectividad⁴⁶. Esta situación permite explicar el porqué, desde el punto de vista de su positivación, sus normas estructurales se encuentran en un cuerpo normativo de mayor jerarquía y estabilidad que la ley común, como lo es la CPR. Particularmente en su art. 19 N° 21 a N° 25.

En este sentido, como señala CORDERO, bajo la perspectiva liberal con que se consagró la propiedad su comprensión se inicia como “un derecho subjetivo, liberado de toda atadura y estrechamente vinculado a la libertad personal”⁴⁷. También adhiriendo a ALDUNATE, en cuanto afirman cómo la propiedad liberal transformó a su titular “en un soberano respecto de los bienes, ya que queda entregada a su libre voluntad la determinación de los usos que se le darán, como el destino económico a que pueden ser aplicados, sin tener a

⁴⁵ PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel. Los bienes. La propiedad y otros derechos reales. Santiago. Editorial Jurídica de Chile, Cuarta Edición, 2010, p. 41.

⁴⁶ Ídem.

⁴⁷ CORDERO QUINZACARA, Eduardo. La dogmática constitucional de la propiedad en el derecho chileno. Valdivia. Revista de Derecho, Vol.19, N° 1, 2006, p.129. Disponible en: https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502006000100006

su respecto ninguna obligación que cumplir, ya que está plenamente facultado para no hacer uso de ellas, dejarlas estériles, improductivas e incluso destruirlas”⁴⁸. Se trataría entonces, de un derecho que se caracteriza por concentrar su atención en el conjunto de facultades exclusivas que se le entregan al dueño de un bien. Sin embargo, desde ese entonces a la fecha, la forma en que se ha abordado al derecho de propiedad ha experimentado una notable evolución que permite superar dos de sus tradicionales atributos como lo son su carácter absoluto y perpetuo. En efecto, que la definición del art. 582 del CC aluda a la arbitrariedad, ha abonado la idea de encontrarnos frente a un derecho absoluto, individualista, permanente y desprovisto de cualquier preocupación social. Sin embargo, con ello se obvia lo dispuesto por la misma disposición en cuanto a que dicho goce o disposición no puede contrariar a las leyes o al derecho de terceros, lo cual impediría que dicho arbitrio se traduzca en un abuso. Por esta razón, PEÑAILILLO considera que el concepto de propiedad es más bien abierto y flexible porque posibilita al legislador conducir a la propiedad, mediante la elaboración de restricciones, al cabal cumplimiento de los preceptos constitucionales relativos a su función social⁴⁹. Añadiendo CORDERO que en dicho sentido el legislador dejaría de ser un mero arbitrador de conflictos entre los particulares para pasar a configurar el régimen del derecho de propiedad al amparo del interés general o público, otorgándole un sentido funcional dentro del ordenamiento jurídico de forma que, bajo sus palabras “desde esta perspectiva, la propiedad no sólo otorga facultades, sino que también obliga. El propietario no sólo es titular de poderes, sino que también es sujeto pasivo de un haz de deberes que impone la función social. Dicho en otras palabras: el propietario tiene el poder reconocido y posibilitado por el Estado para emplear la cosa que posee en la satisfacción de las necesidades individuales que le son propias, de emplear la cosa para el desarrollo de su actividad física, intelectual y moral, pero también tiene el deber de emplear la cosa que posee en la satisfacción de necesidades comunes o colectivas”⁵⁰. Esto no significa, por supuesto, un cuestionamiento de la institución de la propiedad privada, ni del sistema económico en que se traduce. La clave en la mutación

⁴⁸ CORDERO QUINZACARA, Eduardo y ALDUNATE LIZANA, Eduardo. Evolución histórica del concepto de propiedad. Valparaíso. Revista de estudios histórico-jurídicos, N° 30, 2008, p.382. Disponible en: https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0716-54552008000100013

⁴⁹ PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel. Op.Cit., pp.41-60.

⁵⁰ CORDERO QUINZACARA, Eduardo. De la propiedad a las propiedades. La evolución de la concepción liberal de la propiedad. Valparaíso. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, N° 31, 2008, p.511. Disponible en: https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-68512008000200014

de la noción jurídica de propiedad se encuentra en que su función legitimadora no opera desde el exterior del derecho, sino que integra su contenido esencial. En este sentido, la función social no impone limitaciones al derecho de propiedad, sino que lo configura fijando sus contornos: la propiedad no es una función social, tiene una función social que la legitima. El derecho de propiedad en este sentido, pasa a adquirir rasgos propios de una institución jurídica enmarcada en una cultura jurídica de responsabilidad social y así lo que hasta entonces era concebido en función de un sujeto abstracto, formalmente igual, siempre idéntico, que dentro del supuesto de hecho de la norma aparece bajo la denominación del anónimo "el que" o "quien" al que se atribuyen las consecuencias jurídicas previstas en las proposiciones normativas codificadas, pasa a concebirse en función sustancial de las aspiraciones de igualdad que tratamos anteriormente, pues no se queda en la mera declaración formal que los proclama a las personas iguales en derechos y deberes desde su nacimiento, sino que mira a la generación de condiciones efectivas de promoción social y de satisfacción de necesidades mínimas vitales en torno al goce de la propiedad, lo que, en el extremo de su objetivación ha significado que actualmente se ventile un acalorado debate en torno a las limitaciones o criterios aplicables en lo que pueda constituir, una mera limitación de la propiedad, no indemnizable, de lo que pasa a constituir una auténtica privación expropiatoria indemnizable. Así cierra GUILOFF “considerando que el derecho de propiedad incide notablemente sobre valores centrales de la dignidad humana como la autonomía y el libre desarrollo de la personalidad, es dable esperar que la propiedad sirva efectivamente a las necesidades e intereses de la comunidad política, como aquellas y aquellos sirvan al propietario”⁵¹.

4.2 Aspectos generales del derecho de propiedad privada desde la perspectiva de los derechos humanos

Pese a todos los antecedentes que hemos expuesto en la presente investigación la elaboración de la Convención no estuvo exenta de problemas y oposiciones. En este sentido en el examen de su viabilidad se hizo notar por algunos Estados americanos que la propia CADH enmarcada dentro del SIDH, ya incorporaba algunas disposiciones referentes al adulto

⁵¹ GUILOFF TITIUN, Matías. La expropiación regulatoria: una doctrina impertinente para controlar la imposición al derecho de propiedad privada en la Constitución chilena. Talca. Revista Ius et Praxis, año 24, N°2, 2018, p. 642. Disponible en: <http://www.revistaiepraxis.cl/index.php/iepraxis/article/view/1161/576>

mayor⁵² y que a razón del deficiente estado que presentaba en general dicho instrumento, lo más recomendable parecía focalizar los esfuerzos en su efectividad y no en la elaboración de un nuevo instrumento internacional. La historia del derecho de propiedad dentro del SIDH no ha sido pacífica, lo cual resulta evidente al constatar cómo en principio simplemente se marginó de los Lineamientos para una Convención de los Derechos del Adulto Mayor⁵³. Documento que, como resultado de una serie de reuniones de seguimiento de la Declaración de Brasilia, llegó a condensar y estructurar por primera vez el futuro contenido de la Convención que hoy conocemos y abordamos⁵⁴. De hecho, en estricto rigor, tuvieron que transcurrir 5 años desde dicha declaración para que existiera consenso dentro de los Estados americanos respecto de la necesidad de incorporar al derecho de propiedad dentro del catálogo de derechos de la Convención en lo que sería el primer borrador de ésta⁵⁵.

Estas dificultades sin embargo no resultan novedosas. En efecto, previamente el derecho de propiedad también resultó ser uno de los derechos más discutidos en la etapa preparatoria de la propia CADH. De hecho, algunas delegaciones intentaron eliminar cualquier referencia a ella dentro del tratado, y sin ninguna duda, después de que se decidiera incluirla dentro de su texto definitivo ha debido lidiar con la sombra de ser un derecho más bien secundario en relación con los demás derechos consagrados. A nivel global, en tanto, no puede dejar de anotarse que aun cuando la Asamblea General de Naciones Unidas adoptó la decisión de incluir tanto el derecho a la propiedad como el derecho de propiedad por

⁵² Como hizo notar la CIDH, durante la discusión de los contenidos de la Convención es pertinente afirmar que en el sistema interamericano ya existían algunas disposiciones y obligaciones aplicables exclusivamente a las personas mayores. Por ejemplo, el art. 4 N° 5 de la CADH; el art. 9 N°1 y el art. 17 del Protocolo Adicional a la Convención Americana en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

⁵³ CEPAL. Lineamientos para una Convención de los Derechos de las Personas Mayores. 2009. Disponible en: <http://www.scm.oas.org/pdfs/2012/CP27862S.doc>.

⁵⁴ Destáquese de cualquier modo que ya en la segunda de estas reuniones, realizada el año 2009, fue la propia delegación chilena, representada entonces por el SENAMA, quien realizó un primer acercamiento a los aspectos patrimoniales de la Convención, al resaltar que la seguridad económica de las personas mayores continuaba siendo un tema pendiente en Latinoamérica. Haciendo notar que existen personas que no acceden a la seguridad social, debiendo sostenerse del trabajo informal y la ayuda de sus familiares. O bien que, siendo el principal ingreso del hogar, especialmente entre las personas de menores recursos, suelen ser víctimas de abusos patrimoniales. Dejando presente además que, en su experiencia, la mera sanción legal no contribuía a mejorar la situación del adulto mayor en un contexto de desarrollo económico caracterizado por su desigualdad, por lo que se hacía urgente mejorar los instrumentos con que morigerar dicha situación y que, en el caso chileno, motivó la implementación de la Ley N° 20.255 de reforma previsional, la Ley N° 20.584 de atención garantizada de la salud y la Ley N° 21.013 de maltrato.

⁵⁵ OEA. Proyecto de Convención Interamericana sobre los Derechos Humanos de las Personas Mayores. 2012. Disponible en: <http://scm.oas.org/IDMS/Redirectpage.aspx?class=CAJP/GT/DHPM&classNum=30&lang=s>.

Resolución (III) 217 de 1948 dentro de la DUDH, específicamente en su art. 17° en términos que "toda persona tiene derecho a la propiedad, individual y colectivamente", y que "nadie será privado arbitrariamente de su propiedad", su efectividad resultó ser a este nivel más bien relativo y progresivo, toda vez que en principio se resolviera descartar el carácter jurídicamente vinculante de la declaración (considerada una resolución por la Asamblea de Naciones Unidas) sin perjuicio que a la postre no existieran dudas respecto sobre su carácter probatorio de derecho internacional consuetudinario. A mayor abundancia, resulta decidor que con posterioridad en la elaboración de los tratados multilaterales de 1966 con que finalmente se completó la Carta de la ONU, se haya excluido cualquier referencia a la propiedad, cuando a todas luces parecía más que razonable su incorporación en el PIDESC.

Vistos dichos antecedentes podemos decir que la consagración del derecho de propiedad dentro de los instrumentos internacionales de derechos humanos goza de un historial más bien complejo, cuyas razones estimamos pueden ilustrarse al menos desde dos perspectivas:

En primer lugar, desde una dimensión política, la reticencia a incorporar, interpretar o aplicar el derecho de propiedad pareciera explicarse en que los sistemas de derechos humanos implementados buscaron en sus respectivos tiempos prevenir la reaparición de regímenes totalitarios y generar una suerte de resistencia a los que aún subsistían, de modo que, atendida la naturaleza de los cruentos crímenes perpetrados a nivel internacional lo más razonable parecía ser reforzar los aspectos políticos y civiles, severamente restringidos, antes que los económicos, sociales y culturales. Desde luego, esto guarda sus matices desde donde se observe. La CADH, por ejemplo, se encontró con una situación de crisis política y humanitaria desatada por la que debió tempranamente introducirse en una larga, difícil y muchas veces frustrante lucha contra las dictaduras del cono sur, de modo que preocuparse en ese contexto por la protección de la propiedad parecía algo incluso frívolo. Con el retorno a la democracia, en tanto, las cosas no variaron mucho como para evitar las reservas, si se considera que parte del plan ejecutado por los regímenes autoritarios fue justamente transferir innumerables títulos de propiedad a los capitales partidarios de dichos regímenes. Por otro lado, hay que entender que a nivel global las diferencias existentes respecto del contenido y la función de la propiedad al tiempo de la DUDH, eran evidentes, de modo que no fue fácil

encontrar un mínimo común denominador respecto de ella para una sociedad internacional post guerra que por lo demás, por primera vez, incluía países con importantes diferencias en lo político, social, económico y cultural, considerando en ello tanto a quienes tomaron parte de la denominada guerra fría, como a los países no alineados, quienes comenzaban por ese entonces a interiorizarse en la idea de que para alcanzar la independencia política era indispensable alcanzar primero la soberanía económica.

En segundo lugar, desde el plano estrictamente normativo se sostuvo que resulta conflictivo incluir el derecho de propiedad en los tratados de derechos humanos en consideración a la estructura formal que presentan estos últimos. En efecto, dentro del sistema internacional de derechos humanos forma parte del acervo común que los derechos fundamentales se encuentran dotados de una serie de características esenciales. Ya lo señala la propia CIDHPM en su preámbulo “reafirmando la universalidad, indivisibilidad, interdependencia e interrelación de todos los derechos humanos y libertades fundamentales”. La dogmática constitucional de un modo similar, en su comprensiva de los derechos fundamentales como derechos subjetivos públicos, añade su indisponibilidad, inalienabilidad, inviolabilidad, intransigibilidad, y su carácter personalísimo, características todas que diferenciarían al derecho fundamental de otras posiciones subjetivas protegidas por el ordenamiento jurídico y que en definitiva no resultan compatibles con el derecho de propiedad a quien muy por el contrario se le caracteriza por ser un derecho singular, disponible, alienable, privable por expropiación, ya sea en alguna de sus cualidades esenciales o en su totalidad, transigible por libre disposición y definitivamente no personalísimo al momento de ser transferible mediante actos inter vivos y transmitible mortis causa. Desde luego, para evitar cualquier confusión, se aclara que tales razonamientos resultan aplicables restrictivamente al derecho de propiedad y no al derecho a la propiedad; es decir no a la posibilidad de adquirir y disponer de toda clase de bienes, la cual si ofrecería la calidad de fundamental en tanto expresión de la capacidad privada de actuación jurídica o potestad negocial.

Sumado a ello, en cuanto a la CIDHPM se refiere, hay que señalar que los Estados americanos debieron lidiar con un segundo inconveniente como lo era afirmar su necesidad. En efecto, para muchos Estados no resultaba del todo convincente incluir en un nuevo instrumento internacional un derecho que en definitiva ya se encontraba consagrado en uno

anterior, dirigido a la generalidad de las personas, dentro de ellas por supuesto a la persona mayor, y que además resultó ser suscrito por las mismas partes que en ese entonces se empeñaban por elaborar uno nuevo, lo que naturalmente originó un largo debate en torno a los márgenes de especificidad que implicase y motivase a repensar este derecho en función de la persona mayor.

Por otra parte, el consenso en torno a su incorporación no supuso resolver cómo hacerlo. Así, curiosamente en principio, como queda de manifiesto de la revisión de la primera de las actas del grupo de trabajo o borrador que se levantó con el objeto de elaborar el proyecto definitivo, dentro del texto base del derecho de propiedad se introdujo la garantía al disfrute efectivo de los derechos sucesorios y la protección contra el abuso y ocupación ilegal de la vivienda al mismo tiempo que tras discutirse su pertinencia, se excluían y radicaban en otros apartados del texto garantías conexas como el acceso a la vivienda, el acceso al crédito, la protección contra el abuso patrimonial y financiero, la seguridad de una renta mínima, permanente y suficiente para una vida digna, lo cual en general, daba cuenta de las dificultades que existían para establecer un límite entre lo que son las múltiples expresiones de la esfera patrimonial de lo que involucra la propiedad stricto sensu. Como sea, lo cierto es que, tal como se temió, tras finalizar las múltiples sesiones del grupo de trabajo seguidas durante el período 2011 a 2015, el art. 23 de la CIDHPM destinado a la propiedad terminaría guardando estrechas similitudes con el art. 21 de la CADH, pasando a integrar parte de lo que HUENCHUAN, realizando una clasificación de los derechos contenidos en la CIDHPM, describe como un derecho vigente de contenido ampliado, esto es, derechos “ya contemplados en las normas internacionales, pero que requieren cambios para adaptarlos a las necesidades específicas de un colectivo, ya sea por medio de nuevas interpretaciones o ampliación de contenidos”⁵⁶., lo que, en nuestro caso de estudio se tradujo en la incorporación de dos particulares garantías, para lo cual se tomaron en cuenta la situación y las necesidades de las personas mayores; la primera de ellas, se refiere al derecho que tienen de disponer libremente de sus bienes, lo que se vincula con la autonomía y seguridad de éstos, en tanto que se pretende evitar la explotación patrimonial de las personas mayores, previniendo el abuso y la

⁵⁶ HUENCHUAN NAVARRO, Sandra. Un paso adelante para los derechos humanos. La protección de las personas mayores en las Américas. Santiago. Anuario de Derechos Humanos, N° 12, 2016, p. 231. Disponible en: <https://anuariocdh.uchile.cl/index.php/ADH/article/view/42751/44718>.

enajenación de los bienes de su propiedad. La segunda, es la obligación de los Estados por eliminar toda práctica administrativa o financiera que discrimine a la persona mayor, poniendo acento en aquellas que se encuentran en situaciones de vulnerabilidad, lo cual se vincula con la igualdad y no discriminación.

En los demás aspectos, el texto del derecho de propiedad posee igual tratamiento y por tanto creemos que lo que Corte IDH ha concluido respecto de ella en relación a la CADH resulta, plenamente aplicable a la CIDHPM. De este modo cabe decir que la Corte IDH ha desarrollado en su jurisprudencia un concepto amplio de propiedad que, abarca entre otros, el uso, goce y disposición de los bienes, definidos como cosas materiales apropiables, muebles e inmuebles, los elementos corporales e incorporeales y cualquier otro objeto inmaterial susceptible de valor, incluyendo en ello a cualquiera derecho adquirido, entendido como aquel que se han incorporado efectivamente al patrimonio de la persona⁵⁷.

Fuera de dicha interpretación formal, cuyo acento se ha puesto claramente en su objeto, se han pronunciado ciertas críticas respecto de su texto, por haber dejado de lado elementos relativos a su fundamento y finalidad, difiriendo sustancialmente de lo previamente preceptuado por la DADH, adoptada en la Novena Conferencia Internacional Americana de 1948, la cual en un tono similar a la DUDH establece en su art. 23 que "Toda persona tiene derecho a la propiedad privada correspondiente a las necesidades esenciales de una vida decorosa, que contribuya a mantener la dignidad de la persona y del hogar" . Reconociéndose de este modo a la propiedad, como un presupuesto fáctico que posibilita la agencia de las personas en las sociedades, de modo que, excluido, la autonomía y el pleno goce de los derechos humanos de la persona se verían condicionados. De esta forma se ha señalado que la jurisprudencia reciente de la Corte IDH, pronunciada a propósito de los casos de pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras, constituye un avance en dicho sentido, toda vez que en ellos ha finalmente primado la consideración de que el uso y goce de las tierras, territorios y recursos naturales, constituye un medio de subsistencia material y espiritual, de acuerdo a su

⁵⁷ FUENZALIDA BASCUÑAN, Sergio. La Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre el derecho de propiedad. ¿Concepción Liberal o Republicana?. Santiago. Estudios Constitucionales, Vol.18, N°1, 2020, p. 268. Disponible en: <https://scielo.conicyt.cl/pdf/estconst/v18n1/0718-5200-estconst-18-01-259.pdf>

propia cultura. Es decir, se reconoce expresamente a la propiedad una función: la de obrar como medio de realización de la persona⁵⁸.

4.3. La persona mayor y el derecho de propiedad

En términos de la regulación y observancia de los derechos fundamentales dentro de nuestro ordenamiento interno, es un hecho de la causa que, el derecho de propiedad cuenta con un vasto tratamiento tanto a nivel constitucional como legal. Sin embargo, de esta constatación no puede seguirse la errónea conclusión de que la CIDHPM no ofrezca nada nuevo en relación a este importante derecho. En primer lugar, porque como ya ha sido mencionado, su texto incorpora expresamente dos nuevas garantías relativas al derecho de propiedad. Luego, tampoco resulta irrelevante su fuente: se trata de un tratado internacional y, por tanto, cualquiera interpretación que se haga de él o cualquiera de sus disposiciones no puede realizarse sin considerar su contexto, objeto ni finalidad, como dispone el art. 31 de la CVDT respecto a la interpretación de los tratados. Esto, sin perjuicio de las propias particularidades, que ofrecen los tratados internacionales de derechos humanos y la perspectiva de derechos humanos que se asume a partir de ellos. De ahí que NOVAK⁵⁹, destaque que aun cuando en el preámbulo de un tratado, no suele consagrarse derechos u obligaciones a las partes, ni suelen tener la misma relevancia en todos los casos, resulten de particular utilidad a la hora de determinar su real sentido y alcance. Lo cual sea dicho de paso, es refrendado por el propio art. 31 de la CVDT (1959), cuando en su punto 2 destaca que “Para los efectos de la interpretación de un tratado, el contexto comprenderá, además del texto, su preámbulo y anexo”, de modo que cualquiera interpretación aislada que se haga de una disposición del tratado no sólo sea perjudicial a su recta aplicación y cumplimiento, sino que derechamente contraria a lo que se ha firmado⁶⁰.

⁵⁸ Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay (Fondo Reparaciones y Costas). Sentencia 17 de junio de 2005, Serie C No. 125, párr. 154.

⁵⁹ NOVAK TALAVERA, Fabián. Los criterios para la interpretación de los tratados. Perú. Revista de Derecho THEMIS, N°63, 2013, p. 77. Disponible en: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/8991/9398>

⁶⁰ En este sentido, JIMÉNEZ DE ARÉCHEAGA: “Las normas jurídicas relativas a la interpretación de los Tratados constituyen una de las sanciones de la Convención de Viena que fueron adoptadas por la conferencia sin voto disidente alguno y, por consiguiente, pueden ser considerados como declaratorios del Derecho en vigor. Los cuatro artículos dedicados a la interpretación de los tratados están basados en la jurisprudencia establecida por la Corte Internacional de Justicia y destilan la esencia de ciertos principios fundamentales que pueden

En conclusión, sirva recordar que la Convención surgió a partir de un diagnóstico común entre los países americanos en relación a la situación de vulnerabilidad de la persona mayor. Que su objeto, a grandes rasgos como contenido moral del acto, es la dignidad de la persona, que constituye el fundamento de los derechos humanos y su finalidad como el propósito trasado con su ejecución, es restablecer materialmente, mediante la implementación de acciones positivas e institucionalmente evaluativas, una igualdad cuya formalidad se ha probado insuficiente. Por lo tanto, el punto de partida para cualquiera reflexión de lege ferenda, tratándose del derecho de propiedad, supone dejar de lado la generalidad y abstracción con que hasta aquí se ha abordado, e identificar la realidad específica y concreta de la persona mayor como propietario.

Bajo este presupuesto debemos partir por aclarar que la persona mayor propietaria por lo general es autovalente. Es importante señalar esto porque ello significa que se está frente a una persona plenamente capacitada para ejercer a su arbitrio y sin más limitaciones que las establecidas en la ley, las facultades que se le otorgan como propietario, ya sea en la esfera privada, judicial o administrativa. Luego, en un intento por caracterizar su situación propietaria debemos destacar los siguientes aspectos:

1. Tal como ocurría en los tiempos que dieron origen al CC, la propiedad raíz o inmueble continúa siendo el principal activo de las personas, incluyendo desde luego a las personas mayores.

2. Considerando el alto índice de esperanza de vida constituye un fenómeno creciente que el uso y goce de dicho bien inmueble sea compartido por tres generaciones de una misma familia; es decir, que los hogares estén compuestos por la persona mayor, uno o más de sus hijos y uno o más de sus nietos.

3. En al menos un cuarto de estos casos, la persona mayor autovalente continúa siendo quien mantiene el sustento del hogar. Por el contrario, la pérdida de esta condición

considerarse como reglas de Derecho Internacional sobre el tema y no meramente directivas generales, aplicables a todos los tratados, cualquiera sea su naturaleza o contenido". JIMÉNEZ DE ARÉCHEAGA, Eduardo. El Derecho Internacional Contemporáneo. Madrid. Tecnos, 1980, p. 55.

suele traducirse en distintas clases de abusos, entre ellas precisamente las que sufre en relación al uso y al goce del bien inmueble de su propiedad.

4. El segundo de sus activos lo constituye su ingreso mensual, el cual se caracteriza por ser reducido y disminuir drásticamente en cuanto a su cuantía y restringirse severamente en cuanto a su disposición, al momento de jubilarse.

5. Tratándose de aquellos hogares que se mantienen a partir de dichos ingresos, o en que la disminución del ingreso se produce por mayores gastos, usualmente por razones de salud, la situación puede tornarse insostenible material y emocionalmente, propiciando el sobre endeudamiento.

6. Como corolario de lo anterior, en dicho sobre endeudamiento puede verse comprometido su principal activo, ya sea mediante una compraventa irrisoria o la constitución de una hipoteca, sobre el bien inmueble propio.

7. Finalmente, también deben considerarse como parte de su activo, aunque sólo en carácter de eventual, otra clase de bienes muebles; pensiones y/o rentas, como las donaciones familiares, alimentos legales, pensiones sobrevivientes o rentas que pueda percibir en calidad de arrendador, entre otros.

4.4. El saneamiento del dominio

Como hemos señalado el principal activo de las personas mayores lo constituye su propiedad raíz o inmueble. Así la Encuesta Casen realizada en el país el año 2017 da cuenta de que un 79,7 % de ellas son propietarias de al menos una vivienda⁶¹. Por cierto, dicho porcentaje se ha obtenido a partir de las propiedades regularizadas. Esto es, de aquellas cuya posesión ha sido debidamente inscrita en el registro respectivo del Conservador de Bienes Raíces. Sin embargo, con estos datos nada se dice respecto de aquellas personas mayores que

⁶¹ MDSF, Gobierno de Chile. Síntesis de resultados adultos mayores. Encuesta Casen 2017. Santiago, 2017, p.154. Disponible en: http://observatorio.ministeriodesarrollosocial.gob.cl/storage/docs/casen/2017/Resultados_Adulto_Mayores_casen_2017.pdf.

conservando la posesión material del inmueble no la han regularizado, ya sea porque carecen de un título de dominio o porque poseyéndolo es imperfecto.

Nuestro legislador, consciente de los problemas de índole socio económico que genera la deficiente constitución del dominio sobre la pequeña propiedad raíz al impedir que esta se incorpore efectivamente al proceso productivo nacional, ha entregado al MBN mediante DL N° 2.695 de 1979, la facultad de regularizar dicho dominio a través de la aplicación de un procedimiento administrativo, por el que, una vez cumplidos ciertos requisitos copulativos⁶², se le reconoce al solicitante, mediante una resolución inscrita en el registro de propiedad del Conservador de Bienes Raíces respectivo, la calidad de poseedor regular con la que quedará inmediatamente habilitado para adquirir el dominio del inmueble una vez cumplido un periodo de prescripción corta que la ley dispone especialmente, existan o no inscripciones de dominio anteriores sobre el mismo inmueble. En este sentido lo preceptuado por el inciso cuarto del art. 2 del citado DL en cuanto “no será obstáculo para el ejercicio de este derecho la circunstancia de que existan inscripciones del dominio anteriores sobre el mismo inmueble”. Esto se explica porque además tal como establece el art. 15 del mismo cuerpo normativo “la resolución del Servicio que acoja la solicitud se considerará como justo título”, cumpliéndose

⁶² Al respecto el art. 1 y art. 2 del DL N° 2.695 establecen como requisitos para solicitar a la Dirección de Tierras y Bienes Nacionales la calidad de poseedor regular sobre la pequeña propiedad raíz rural o urbana, a fin de quedar habilitados para adquirir su dominio por prescripción, de acuerdo al procedimiento que establece la misma ley:

1° Carecer de título sobre el bien inmueble;

2° Que el bien inmueble rural o urbano, posea un avalúo fiscal para el pago del impuesto territorial inferior a ochocientas o trescientas ochenta unidades tributarias, respectivamente;

3° Estar en posesión del inmueble, por sí o por otra persona en su nombre, en forma continua y exclusiva, sin violencia ni clandestinidad, durante 5 años, a lo menos, y;

4° Acreditar que no existe juicio pendiente en su contra en que se discuta el dominio o posesión del inmueble, iniciado con anterioridad a la fecha de presentación de la solicitud.

Adicionalmente el legislador en conocimiento de la posibilidad de verse perjudicados los intereses de un eventual poseedor inscrito, dispone la exigencia de una serie de medidas de publicidad, a saber:

Todo lo anterior se entiende sin perjuicio de los requisitos que luego se exigirán para reclamar el dominio del bien inmueble sobre el que por resolución del servicio, se es poseedor regular, comprendase entre otros: cumplir con el plazo de prescripción, alegar la prescripción y encontrarse hábil para participar en dicha prescripción.

de ese modo con los requisitos del sistema dual de adquisición de la propiedad que impera en nuestro ordenamiento.

Desde luego esta excepcional regulación de la propiedad no estuvo exenta de zigzagueantes discusiones jurisprudenciales a nivel constitucional⁶³. Sin embargo, a dicho nivel al menos hoy parece asentada la afirmación de su constitucionalidad. El fundamento de esta posición, como señala BARCIA citando a FUENTES, es que “la CPE exige que la ley regule la adquisición de la propiedad y el DL, para estos efectos, es una ley. Además, aunque la adquisición se hace contraviniendo las normas del Código Civil, la figura que regula el DL es la prescripción adquisitiva, que es un mecanismo establecido en el ámbito constitucional y legal para adquirir la propiedad. Por otra parte, el DL puede alterar las normas que regulan la prescripción del Código Civil, porque ambos cuerpos normativos tienen igual jerarquía”⁶⁴.

En definitiva, agreguemos que en la práctica este procedimiento administrativo, del que en principio por su carácter expedito puede beneficiarse cualquiera persona, ha resultado especialmente importante para las personas mayores si se tiene en consideración que más la mitad de las solicitudes ingresadas provienen justamente de este grupo etario, sin perjuicio que el desconocimiento que aún existe sobre el mismo nos permite sospechar que el número de personas mayores en dicha situación es aún mayor.

Por esta razón no es de extrañar que la Primera Dama, Cecilia Morel Montes, junto al entonces Ministro de Bienes Nacionales, Felipe Ward, anunciaran en el contexto del programa Adulto Mejor, la necesidad de “priorizar al máximo los trámites administrativos para el saneamiento de sus títulos de dominio”, para lo cual se asumió el compromiso de reforzar los equipos involucrados en el procedimiento, trabajar más rápido y demorar lo

⁶³ Es así como en un principio se sostuvo la constitucionalidad del DL N° 2.695, rechazándose de esta manera los recursos de inaplicabilidad por inconstitucionalidad interpuestos, fundándose en la circunstancia de que éste es anterior a la CPR, y por tanto se trataría más bien de un problema de derogación de leyes que debía ser resuelto por los jueces sentenciadores, ya que el recurso de inaplicabilidad presupone que la norma reclamada se encuentre plenamente vigente. Posteriormente se sostuvo su inconstitucionalidad, en atención a que sus normas vulneraban la garantía del derecho de propiedad consagrada en el art.19 N° 24 de la CPR, así como las normas sobre posesión y dominio establecidas en el CC, al privar del dominio de un inmueble inscrito al titular del derecho, sin expropiación previa y en favor de un tercero que ha tenido su posesión material durante cierto tiempo. Finalmente se ha sostenido su constitucionalidad, argumentando que se trata de un nuevo modo de adquirir especial, debidamente regulado, y cuyas normas no se contraponen ni a la CPR ni a la ley. BARCIA LEHMANN, Rodrigo. De los bienes y de su dominio, posesión, uso y goce. Santiago. Revista Chilena de Derecho Privado, N° 22, 2014, p.285. Disponible en: <https://scielo.conicyt.cl/pdf/rchdp/n22/art11.pdf>

⁶⁴ *Ibíd.*, p. 286.

menos posible en dichos trámites, porque “convertir a los adultos mayores en dueños de sus inmuebles y terrenos es darles la tranquilidad que se merecen luego de años de trabajo y sacrificio”⁶⁵.

Lo que por nuestra parte no podemos obviar es que apenas dos meses antes de dicho anuncio el DL en comento fue modificado mediante la Ley N° 21.108 en una serie de aspectos. Entre ellos, justamente en lo relativo al plazo de prescripción exigido para adquirir la propiedad una vez que ha sido inscrita la resolución del Servicio, de modo que sean cuales sean los recursos, celeridad o prioridad con que se tramiten las solicitudes ingresadas por las personas mayores, la consolidación del dominio sobre el inmueble que probablemente habite hace décadas, se verá retrasada en al menos un año más, en un claro contrasentido a la política anunciada por las autoridades.

4.4.1 Comentarios a la Ley N° 21.108 que modifica el DL N° 2.695

La Ley N° 21.108 fue aprobada el 25 de septiembre de 2018, gracias a una moción parlamentaria presentada con fecha 20 de julio de 2016 (Boletín 10802-12) que, en su origen presentaba un alcance mucho más acotado que el que llegó a tener el texto definitivo. Esto puede explicarse porque dicha iniciativa, tal como fue ingresada, más que haber puesto el foco de su atención en posibles derechos de terceros, lo hizo sobre las eventuales conductas ilícitas en que puedan incurrir los solicitantes, sin perjuicio de la manifiesta relación entre uno y otro supuesto. De esta suerte, el punto quinto de su texto fue expreso al señalar que su finalidad era “robustecer el carácter de buena fe que debe orientar el procedimiento de saneamiento de la pequeña propiedad raíz y preservar de mejor manera los derechos de terceros que son dueños. Con este propósito, el proyecto fija un plazo especial de prescripción de 10 años para el ejercicio de la acción penal para perseguir el delito de estafa, cuando la calidad de poseedor regular hubiere sido obtenida de manera maliciosa o fraudulenta”⁶⁶. En resumen; lo que

⁶⁵ GOB.CL, Gobierno de Chile. Cecilia Morel y Ministro Felipe Ward anuncian priorización de trámites de títulos de dominio para adultos mayores. Santiago. 2018. Disponible en: <https://www.gob.cl/noticias/cecilia-morel-y-ministro-felipe-ward-anuncian-priorizacion-de-tramites-de-titulos-de-dominio-para-adultos-mayores/>.

⁶⁶ De tal forma que “si logra acreditarse el fraude, el verdadero dueño no sólo obtendrá la cancelación de la inscripción de dominio en favor del solicitante malicioso que obraba en el Conservador de Bienes Raíces, sino que este último, además, recibirá las sanciones del artículo 473 del Código Penal: presidio o relegación menores en sus grados mínimos (61 a 540 días) y multa de 11 a 20 UTM”. Historia de la Ley N° 21.108, modifica DL N°

entonces se propuso fue única y exclusivamente agregar en el art. 9º, inciso primero, a continuación del punto aparte, que pasaría a ser seguido, la siguiente norma:

“En este caso – haciendo referencia a quien obtuviere maliciosamente la calidad de poseedor regular-, la acción penal prescribirá dentro del plazo de 10 años contados desde la fecha en que se hubiere practicado la inscripción”⁶⁷.

Sin embargo, esta propuesta terminaría siendo rápidamente desechada en la Comisión de Vivienda y Urbanismo⁶⁸, para reconducir su foco de atención a la situación de los terceros que teniendo mejor derecho sobre el inmueble pudieran ser perjudicados, más que en la conducta ilícita de los solicitantes. Esto en buena parte se debe a los claros argumentos presentados por Óscar Manquilef⁶⁹, quien a ese entonces oficiaba ante la comisión como jefe de la División de Constitución de Propiedad Raíz de Bienes Nacionales, para quien desde su experiencia “lo más importante para el verdadero dueño es que el inmueble -otorgado a otro por vía del decreto retorne a su patrimonio” agregando que en la práctica “los afectados han optado por atacar los eventuales vicios ocurridos en el saneamiento, más que perseguir la responsabilidad penal del transgresor” sin que “exista certeza de la existencia de procesos por ilícitos como el que se discute, ni menos aún de sanciones al respecto” y sin perjuicio que además resultara “muy probable que en el transcurso de diez años el dominio sobre el bien raíz haya sido transferido más de alguna vez, por lo que la pena no logrará satisfacer la principal pretensión del actor, cual es recuperarlo”, sugiriendo por tales motivos una serie de modificaciones que supusieran más bien reforzar las medidas en el ámbito civil a que el penal⁷⁰.

2.695, de 1979, para resguardar derechos de terceros en relación con la regularización de la pequeña propiedad raíz. Disponible en: https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/vista-expandida/7583/#h2_1_2

⁶⁷Ídem.

⁶⁸ Las razones pueden sintetizarse en las palabras de Jaime Vera, profesor de Derecho Penal de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso para quien la modificación analizada en la instancia: “resultaría asistemática, provocando serias incoherencias y antinomias en el régimen de prescripción de la acción penal y de la pena en la regulación de los fraudes y, en general, en todo nuestro ordenamiento jurídico-penal, por lo que sugirió no aprobar tal medida, sin perjuicio de las otras soluciones que constan de la indicación sustitutiva y que suponen una mejora sustancial en cuanto a las notificaciones a terceros en el procedimiento previsto en el decreto ley N°2.695”. Ídem.

⁶⁹ Ídem.

⁷⁰ Las recomendaciones expresadas por Bienes Nacionales pueden resumirse del siguiente modo:

De este modo, junto con proponerse a la sala legislativa, modificar la denominación de la iniciativa hasta entonces conocida como “Ley N° 21.108 que modifica el artículo 9° del Decreto Ley N°2.695, para aumentar el plazo de prescripción de la acción penal en los casos que la calidad de poseedor regular se obtuviere mediante fraude” por la actual “Ley N° 21.108, para resguardar derechos de terceros en relación con la regularización de la pequeña propiedad raíz”, se formuló inmediatamente una indicación sustitutiva que se hiciera cargo de los aspectos civiles planteados, para lo cual se tuvo presente “que los objetivos del proyecto podían lograrse de mejor manera no necesariamente a través de perseverar en el aumento de los plazos para prescripción de la acción penal y de la pena sino, más bien, por la vía de perfeccionar las formas de difusión de los procedimientos de regularización; de ampliar el plazo dentro del cual un tercero puede oponerse al saneamiento; de aumentar el término para que el declarado poseedor regular adquiriera el dominio por prescripción, así como para ejercer las acciones emanadas tanto de los derechos reales de dominio, usufructo, uso o habitación, servidumbres activas e hipoteca, como de los derechos de dominio”⁷¹. De este modo, se

-
1. Que desde la inscripción de la resolución que acoge la solicitud de saneamiento en el Conservador de Bienes Raíces correspondiente deban transcurrir dos años -y no uno- para que el interesado se haga dueño del inmueble por prescripción y, también, para que prescriban las acciones emanadas de los derechos reales de dominio, usufructo, uso o habitación, servidumbres activas y el de hipotecas relativos al inmueble.
 2. Ampliar a cinco años la prohibición de enajenar y gravar el bien así obtenido, justamente para viabilizar el resultado de la acción reivindicatoria o de indemnización de perjuicios.
 3. En lo que dice relación con la oposición de terceros dentro del procedimiento ante el Ministerio de Bienes Nacionales, señaló que actualmente ésta debe formalizarse recién una vez realizada la segunda publicación -y dentro de los siguientes 30 días hábiles- en un diario o periódico de los de mayor circulación de la región pertinente, por lo que sugirió que tal gestión pueda ejercerse y tramitarse desde que se presente la solicitud de regularización. Sobre este asunto, acotó que muchas veces las personas que gozan de mejor derecho se manifiestan en contra de la regularización en sus etapas iniciales, pero el Servicio se ve impedido de protegerlas adecuadamente por mandato legal, lo que a su vez ocasiona un consumo de recursos públicos innecesarios; así, apuntó que se estima que el costo promedio aproximado por expediente es de un millón de pesos.
 4. En igual sentido, advirtió que el valor de las publicaciones -dependiendo de la ubicación de la propiedad- puede llegar a ser demasiado elevado, por ejemplo, en la Región de Arica y Parinacota alcanza los \$140.000, por lo que aconsejó dar a conocer la información que corresponda por otras vías más masivas y baratas, como las redes sociales o las radios.
 5. Siguiendo el punto anterior, agregó que, de acuerdo al procedimiento establecido en el decreto ley, su Ministerio debe oficiar a otras reparticiones públicas -Servicio de Impuestos Internos, Servicio de Registro Civil e Identificación y Registro Electoral-, solicitando antecedentes sobre los inmuebles y sus propietarios, en circunstancias de que pueden obtenerse a través de medios electrónicos en línea y de manera mucho más rápida; entonces, fue de la idea de adecuar la legislación a las posibilidades que da la tecnología, puesto que al año se tramitan alrededor de quince mil oficios, cuyas respuestas son recibidas tardíamente -en su mayoría-, y luego de concluido el asunto. Ídem.

⁷¹ Ídem.

dejaba claro que el auténtico objetivo de la ley, era proteger los derechos de personas sobre una propiedad para que no se vean alterados por un tercero que, de mala o, incluso esta vez de buena fe, sanea el bien raíz en su propio favor, beneficiándose de quien en definitiva no tiene la posibilidad de informarse.

En ese orden de ideas, tras más de dos años de tramitación, las modificaciones terminarían sintetizándose del siguiente modo:

1. Al momento de presentar la solicitud de regularización, además de la declaración jurada, el solicitante deberá acompañar un certificado de informaciones previas con fines de regularización emitido por la Dirección de obras municipales correspondientes.

2. Para acreditar la no existencia de litigios pendientes, no bastará la declaración jurada, ya que el solicitante deberá acompañar un certificado de hipotecas, gravámenes y litigios pendientes expedido por el Conservador de Bienes Raíces respectivo.

3. En caso de ser aceptada la solicitud, la resolución respectiva deberá ser publicada en la comuna que determine el servicio. Por otra parte, se aumentó el plazo durante el cual deberán fijarse los carteles de 15 días, a todo el tiempo que dure el proceso de saneamiento agregando además que estos deberán fijarse, sin perjuicio de los demás lugares públicos que determine el juez, en el frontis de la propiedad correspondiente.

4. La oportunidad en que el presunto dueño podrá hacer valer su oposición al proceso pasará de los 30 días hábiles contados desde la última publicación, a todo el tiempo que medie desde que se acoja la solicitud a tramitación hasta el plazo de 60 días hábiles, contado desde la última publicación⁷².

⁷² En este punto resulta pertinente destacar que el texto original de la indicación proponía que los terceros “siempre” tuviesen el derecho a oponerse desde el momento en que se acoja la solicitud, expresión que fue finalmente suprimida tras considerarse la apreciación de René Moreno, académico de la Universidad de Valparaíso, para quien dicho término podría llegar a inducir a la interpretación errada de que se trata de un derecho imprescriptible. Ídem.

5. En relación al plazo de prescripción para adquirir la propiedad, se modifica el plazo de 1 año a 2 años completos desde que se haya inscrito la resolución del servicio que acogió la solicitud.

6. Como consecuencia de la modificación del plazo de prescripción de 1 a 2 años, también expirará en el mismo plazo de 2 años, las acciones emanadas de los derechos reales de dominio, usufructo, uso o habitación, servidumbres y el de hipotecas relativos al inmueble inscrito.

7. Así mismo, en el mismo plazo de 2 años, se cancelarán por el sólo ministerio de la ley las anteriores inscripciones de dominio sobre el inmueble, así como la de los otros derechos reales.

8. En relación a los plazos establecidos para poder gravar y enajenar los inmuebles que se adquirieran en virtud de este procedimiento, el plazo de 1 año se aumentó a 2 años para poder gravar y a 5 años para poder enajenar, contados desde la fecha de inscripción de la resolución del servicio.

Como puede observarse, las modificaciones introducidas importan mejoras desde el momento mismo de la solicitud de regularización; a saber: la exigencia de acompañar a ella mayores antecedentes como el certificado de informaciones previas emitido por la Dirección de Obras Municipales y el certificado de hipotecas y gravámenes emitido por el Conservador de Bienes Raíces respectivo, viene a facilitar tanto el examen de admisibilidad por parte del Servicio, especialmente en lo relativo a la posesión del inmueble, como la efectiva notificación de la solicitud, cuando en el examen dichos antecedentes acompañados a ella se constate la existencia de algún propietario. Inmediatamente, otra de las enmiendas destacadas corresponde a la anticipación y aumento del plazo dentro del cual oponerse al procedimiento de regularización. Recordemos que antes de la reforma la oposición podía realizarse recién dentro de los 30 días contados desde la publicación del último de los avisos exigidos tras admitirse la solicitud, lo cual suponía que muchas veces los interesados impugnaran la regularización una vez que ya se hubiesen verificado las publicaciones y la respectiva inscripción. De esta manera, que el plazo en cuestión se anticipe al momento en que se acepte la solicitud y hasta 60 días de realizada la segunda de las publicaciones, parece acertado no

sólo desde el punto de vista del interés del tercero, sino que también por economía procesal. Además, debe considerarse que aun cuando el DL N° 2.695 otorga plazos similares para los juicios que resultan de la acción de oposición y la acción de dominio, la circunstancia de no haberse efectuado aún la inscripción posibilita que la prueba ofrecida por el oponente, en el respectivo juicio de oposición, sea apreciada en consciencia y no bajo las reglas generales como ocurre en el juicio sumario en que se ventila la acción de dominio por expresa disposición del art. 26 DL N° 2.695. En la misma línea, destaquemos dentro de las reformas tendientes a facilitar dicha oposición, la actual exigencia de que todo inmueble objeto de regularización mantenga en un lugar visible del mismo y a lo largo de todo el proceso un cartel que informe de su situación. Finalmente, no podemos dejar de mencionar que la ampliación realizada a los plazos dentro de los cuales el solicitante una vez consolidado su dominio, no podrá gravar u enajenar el inmueble en cuestión, constituye una excelente medida en tanto resguarda tanto el objetivo del procedimiento como la eficacia de las demás acciones a disposición del tercero interesado; dígase por ellas la acción de compensación del art. 28 del DL N° 2.695 o la acción ordinaria de nulidad con la que perseguir la restitución del inmueble ante eventuales vicios en el procedimiento.

Hasta aquí, como hemos señalado, las medidas introducidas parecen acertadas pues fortalecen la publicidad e información del procedimiento, tanto respecto del servicio como de los eventuales propietarios preexistentes, quienes además pasarán a contar con mayores plazos de impugnación. Esto, se condice con el espíritu del procedimiento y parece del todo lógico porque la práctica ha demostrado que el uso malicioso de esta herramienta administrativa suele ejecutarse justamente en contra de aquellas personas que se mantienen retiradas, desinformadas o que en razón de su edad delegan la administración de sus bienes en terceras personas que pese a la confianza que se les entrega no siempre actúan con la buena fe esperada. Por lo demás si se considera que desde su entrada en vigencia el DL N° 2.695 ha regulado la eventual confrontación de intereses fundados en lo fundamental en un mismo derecho, como lo es el de la propiedad, no queda más que añadir que las presentes modificaciones representan un mayor equilibrio entre las partes y de tal manera fortalece la igualdad ante la ley.

Sin embargo, no podemos llegar a la misma conclusión si se analiza la modificación introducida en el art.15 del DL N° 2.695. A saber, la extensión del plazo de posesión inscrita no interrumpida que se exige para la consolidación del dominio vía prescripción y que con la Ley N° 21.108 se elevó de uno a dos años.

Sirva para ilustrar este reparo que, surge de la consideración de las circunstancias reales en que se desempeña el estatuto del derecho de propiedad, lo señalado durante la tramitación de la reforma por la entonces Ministra de Bienes Nacionales, Nivia Palma, para quien “en la experiencia de entrega de títulos en terreno se constata que los beneficiarios de esta normativa son extremadamente vulnerables y que las principales fuentes de las anomalías son herencias mal reguladas y compraventas erróneamente tramitadas, que impiden que el nuevo propietario pueda inscribir el dominio en el Conservador de Bienes Raíces respectivo”. Apuntando a que “sería un error pensar que una parte significativa se trata de ocupaciones de terrenos”⁷³. Es decir, de posesiones e incluso asentamientos informales, en que terceros de mejor derecho puedan verse perjudicados.

Como hemos mencionado, en principio la reforma introducida por la Ley N° 21.108 tuvo por intención punir a quienes dolosamente emplearan el procedimiento de regularización y sólo llegó a reformularse en los términos civiles que actualmente conocemos una vez que se constatará en la discusión legislativa la ineficacia de la propuesta incorporada en el proyecto original, de modo que resulta hasta cierto punto comprensible que a lo largo de ella se pasara por alto una mayor consideración respecto de quienes son finalmente los reales beneficiarios de este procedimiento⁷⁴: personas vulnerables socialmente que además de superar apenas la línea de la pobreza suelen ser en la mayoría de los casos personas mayores.

Es cierto que, en términos civiles, esta modificación no nos impide sostener que el procedimiento de regularización de la pequeña propiedad raíz contenido en el DL N° 2.695 continúa siendo una vía expedita de certeza propietaria si se compara con el plazo de 5 años exigidos por el art. 2508 del CC respecto al bien inmueble que se adquiere por prescripción

⁷³ Ídem.

⁷⁴ Tanto es así que, muy por el contrario, no faltó quien prejuiciosamente recordara en plena comisión la poco afortunada denominación de “decreto ladrón” con que algunos autores refieren al DL N° 2.695, dada la posibilidad de llegar a adquirir una propiedad inmueble con posesión inscrita vigente. Ídem.

ordinaria. Sin embargo, atendida la perspectiva de derechos humanos sobre la que se analiza la institución, esto es aquella por la que se pretende privilegiar la realización de la persona, lo más razonable pareciera haber sido acotar las modificaciones a las etapas previas, en el sentido de dotarlas de mayor rigurosidad, en lugar de dilatar la consolidación del dominio pues de ese modo se termina perjudicando, en ocasiones sin ninguna justificación, el proyecto de vida de personas muy modestas, en ocasiones vulnerables, que de buena fe llevan adelante procesos de regularización y que no pocas veces han poseído materialmente el inmueble en forma continua y exclusiva, sin violencia ni clandestinidad por mucho más tiempo que los cinco años exigidos para iniciar el trámite. Perjuicio que, además, no sólo impide que puedan ejercer con toda seguridad jurídica las facultades materiales y jurídicas que la ley les entrega a los propietarios, entiéndase entre otras; vender, arrendar, hipotecar o construir, sino que más grave aún, ser asistidos en función de dicho inmueble y optar en calidad de dueños a subsidios, programas de mejoramiento y urbanización, créditos, permisos municipales, etc.

En el caso de las personas mayores existen ciertas consideraciones adicionales. Precisemos a modo introductorio, que a lo largo de la discusión legislativa de la Ley N° 21.108 no se hizo referencia a ellas en ningún momento. Tal vez, por considerar los legisladores, que su situación no era distinta a la de las demás personas vulnerables. Esto como un primer elemento de hecho nos parece un error puesto que en estricto rigor la situación de vulnerabilidad de las personas mayores suele asociarse a factores de riesgo que van más allá de la ordinaria segregación económica, como lo son el aislamiento, abandono, sujeciones físicas prolongadas, hacinamiento, desplazamiento, negación de nutrición, infantilización, tratamientos médicos inadecuados, abusos patrimoniales, entre otras acciones lesivas especialmente intensas y atentatorias⁷⁵ a la dignidad de la persona mayor, y que en su conjunto en buena medida han terminado por justificar la elaboración de la CIDHPM.

⁷⁵ Esta especial atención resulta además manifiesta en el texto de diversos derechos consagrados por la CIDHPM. Así a modo ejemplar el inciso final del art. 23 de la CIDHPM, cuando a propósito del derecho de propiedad a que nos hemos referido, establece que “Los Estados parte se comprometen a adoptar medidas para eliminar toda practica administrativa o financiera que discrimine a la persona mayor, principalmente a mujeres y a los grupos en situación de vulnerabilidad respecto del ejercicio de su derecho de propiedad”. En igual sentido el art. 24 cuando establece a propósito del derecho a la vivienda y acceso a la tierra que “Los Estados parte deberán garantizar el derecho de la persona mayor a una vivienda digna y adecuada y adoptarán políticas de promoción

Desde un plano normativo, en tanto, nos parece relevante sostener que la modificación en comento, dando sentido a la indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos, engloba además el riesgo de generar efectos regresivos, prohibidos por las normas de los tratados internacionales de derechos humanos, respecto de una garantía que hasta el momento ha pasado desapercibida dentro de nuestro ordenamiento, pero que con la CIDHPM cobra nueva fuerza al ampliarse tanto su contenido como su justiciabilidad. Nos referimos al derecho a la vivienda y el acceso a la tierra incorporado en su art. 24.

Recordemos en este sentido que, sin perjuicio de lo señalado, el derecho a la vivienda y acceso a la tierra, no resulta novedoso dentro de nuestro ordenamiento si consideramos que previo a la CIDHPM, el PIDESC ya se encontraba en vigencia en nuestro país. Desde el año 1989 para ser más precisos. Y que en él llegó a convenirse su incorporación en los siguientes términos “Los Estados partes en el presente pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia (...)”. Como se ve, se trata de una mención escueta y funcional que, de cualquier modo no fue óbice para que con posterioridad el propio CDESCR lo definiera en particular como “el derecho a vivir en seguridad, paz y dignidad en alguna parte”⁷⁶ e incluso especificara en su Observación General N° 4 que toda vivienda digna debe comprender, cuanto menos: a) seguridad jurídica de la tenencia; b) disponibilidad de servicios, materiales, facilidades e infraestructura; c) gastos soportables; d) habitabilidad; e) asequibilidad; f) lugar; g) adecuación cultural⁷⁷.

Por lo tanto, debemos decir que el derecho en cuestión y en cuanto a sus efectos presenta un desarrollo profuso y las obligaciones que recaen sobre nuestro Estado en particular, de larga data, son bastantes precisas. Sin embargo, si acaso ya no existen dudas, como las existieron en su momento respecto a su carácter de derecho, estas tampoco existen respecto a su falta de efectividad. Esto se explica por una razón bastante sencilla que puede

del derecho a la vivienda y el acceso a la tierra reconociendo las necesidades de la persona mayor y la prioridad en la asignación a aquella que se encuentre en situación de vulnerabilidad”.

⁷⁶ ACNUDH. El Derecho a una Vivienda Adecuada. Folleto informativo número 21/ Rev.1, 2010, p.3. Disponible en: https://www.ohchr.org/Documents/Publications/FS21_rev_1_Housing_sp.pdf

⁷⁷ CDESCR. Observación General N° 4. Disponible en: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documents/BDL/2005/3594.pdf>

recogerse tanto del art. 2 N° 1 del PIDESC como del art. 4 letra d) de la CIDHPM⁷⁸ y que dice relación con que la vivienda al tratarse de un derecho social, de altos costos asociados, se encuentra sujeto al principio de progresividad. Esto quiere decir, que la seguridad de su goce efectivo no se traduce en su respeto y garantía, como ocurre por ejemplo con los derechos políticos y civiles, sino que tan sólo en el compromiso de tomar, cuanto menos, todas aquellas medidas mínimas e indispensables para buscar una satisfacción paulatina y en función de los recursos del Estado suscribiente, sin perjuicio de la expresa prohibición de adoptar, por el contrario, cualquiera medida de carácter regresivo.

Nuestro Estado, abusando de este principio, lamentablemente ha restringido la recepción de este conjunto de obligaciones a la mera implementación de distintos programas y políticas públicas, en algunos casos formalizadas en normativas administrativas⁷⁹ destinadas a “colaborar” en el goce efectivo del derecho a la vivienda. Se trata en definitiva de otra de las expresiones del modelo subsidiario de nuestro Estado, por el que el propio INDH ha concluido que “en lo esencial, el modelo habitacional subsidiario asumido en décadas pasadas permanece sin alteraciones: las personas que requieren ayuda del Estado para acceder a una vivienda siguen siendo ‘beneficiados’ y el sistema de subsidios continúa reposando en el sistema financiero y el mercado de las constructoras. Persiste un modelo que prioriza las viviendas de bajo costo y que reduce estándares de aislación, materialidad y terminaciones, manejándose a un nivel de calidad mínimo⁸⁰”. Por supuesto todo esto no es casual, sino que en

⁷⁸ Art.2 N° 1 PIDESC establece que “Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto **se compromete a adoptar medidas**, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, **para lograr progresivamente**, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos”. El del art. 4 letra d) de la CIDHPM por su parte establece “**Adoptarán las medidas necesarias y cuando lo consideren** en el marco de la cooperación internacional, **hasta el máximo de los recursos disponibles y tomando en cuenta su grado de desarrollo, a fin de lograr progresivamente**, y de conformidad con la legislación interna, la plena efectividad de los **derechos económicos, sociales y culturales**; sin perjuicio de las obligaciones que sean aplicables de inmediato en virtud del derecho internacional”. El destacado es nuestro.

⁷⁹ V.: DS N° 69, de 1984, del MINVU. Reglamento del sistema de postulación, asignación y venta de viviendas destinadas a atender situaciones de marginalidad habitacional; DS N° 106, de 2004, del MINVU, que dispone beneficios que indica para adultos mayores deudores de los SERVIU; DS N° 49, de 2011, del MINVU. Reglamento del programa de fondo solidario de elección de la vivienda y DS N°49, de 2011, del MIDEPLAN. Reglamento que regula el programa de viviendas protegidas para adultos mayores.

⁸⁰ INDH. Informe complementario PIDESC. Santiago. 2014, p.15. Disponible en: <https://bibliotecadigital.indh.cl/bitstream/handle/123456789/645/Informe%20CDESC.pdf?sequence=1&isAllowed=y>.

la idea de que la vivienda más que un derecho es un bien material que se obtiene como producto del trabajo personal. Recordemos sobre esto las palabras de Cecilia Morel en relación al proceso de regularización de la pequeña propiedad raíz “convertir a los adultos mayores en dueños de sus inmuebles y terrenos es darles la tranquilidad que se merecen luego de años de trabajo y sacrificio”. Por nuestra parte, agregamos, de deudas.

Reiteremos por otra parte, antes de avanzar, que entre el derecho a la vivienda y el derecho a la propiedad sobre un inmueble lo que existe es una estrecha interdependencia y no una identidad. El CDESCR en este sentido, aclara muy bien que la auténtica obligación que resulta para los Estados a partir del derecho a la vivienda es la de otorgar a las personas la posibilidad de “habitar un lugar con seguridad, paz y dignidad”. Lo que desde un punto de vista jurídico puede alcanzarse bien con un alojamiento de arrendamiento, viviendas cooperativas, ocupación por los propietarios, alojamiento de emergencia e incluso con asentamientos improvisados, de modo que, el núcleo esencial de este derecho se traduce en la seguridad de que todas las personas, con independencia del título que ostenten sobre la vivienda, gocen de protección contra el desahucio, el hostigamiento u otras amenazas. Sin embargo, en nuestra práctica, salvo ciertas y en algunos casos muy destacadas excepciones, la mayor parte de las medidas adoptadas por nuestro Estado se han direccionado justamente en facilitar el acceso a la propiedad sobre la vivienda. Esto indudablemente posee un trasfondo cultural difícil de superar en cuanto que desde antiguo las personas tienden a trabajar, ahorrar y en definitiva planificar su vida en función de su casa propia. Pero también posee una justificación normativa que se decanta en la decisión de optar por aquella modalidad que en definitiva entregue mayor seguridad jurídica y autonomía a los beneficiarios de los respectivos programas.

A nivel normativo, en tanto, nuestro Estado sigue estando en franca deuda. En primer lugar, porque pese los beneficios marginales que producen, la elaboración y ejecución de estos programas no han logrado adecuarse plenamente a los estándares contemplados tanto por el PIDESC como por la CIDHPM. Se tratan más bien de medidas infra legales incorporadas en políticas públicas de carácter asistencialistas cuya continuidad además queda supeditada a la voluntad del gobierno de turno lo cual es derechamente inadmisibles. En segundo lugar, porque la recepción de estas obligaciones no se ha logrado traducir en la consagración de la vivienda

como un derecho ni a nivel constitucional ni a nivel legal, no existe referencia alguna de ella en dichos términos, lo cual da cuenta de que el actual marco normativo relativo al acceso y la seguridad de la vivienda carece del enfoque de derechos de la persona que exige la ratificación de ambos instrumentos internacionales.

Con todo, como podrá intuirse el DL N° 2.695 constituye en dicho sentido una herramienta legislativa excepcional. En efecto, si bien es evidente en la historia de la ley que esta surgió principalmente bajo el alero de consideraciones económicas de orden productivo, por la relevancia que en los años de su elaboración tenía el desarrollo agrícola, no es menos cierto que en la práctica la implementación de este decreto ha tendido a facilitar el acceso y asegurar la posesión de la vivienda en su modalidad propietaria que es justamente la que presta mayores seguridades. Ya sea porque una vez que el beneficiario adquiere el terreno puede construir una vivienda sobre él, de forma independiente o mediante el acceso a algún subsidio, como el regulado por el DS N° 49, del MINVU, ya sea porque adquiriendo el dominio sobre la vivienda que ya habita puede optar a otros tantos que permitan mejorar sus condiciones de habitabilidad, como ocurre con el subsidio de reparación, ampliación, pavimentación, aislamiento y suministro de agua potable y alcantarillado. Por cierto, estamos hablando de una herramienta legal con un alcance sumamente restringido que no se condice con los lineamientos de la CIDHPM, en cuanto sus efectos inmediatos se restringen a asegurar la posesión sobre el inmueble respectivo, sin embargo la utilidad que en comunión con la normativa infra legal presta a mejorar las condiciones de vida de miles de personas, buena parte de ellas adultos mayores, nos permite aseverar que garantizar por todos los medios su carácter expedito resulta indispensable.

4.4.2 Efectos sucesorios de la muerte del solicitante durante el procedimiento de regularización de la propiedad

Finalmente, a modo disquisitivo nos permitimos clarificar los temores planteados por algunos parlamentarios en cuanto a que el aumento del plazo también pondría en entredicho la posibilidad de heredar el bien inmueble objeto de regularización en caso de que el solicitante fallezca antes de que este plazo se verifique. Esto es por no haberse consolidado previamente el dominio sobre el bien inmueble objeto de regularización. O bien, que el procedimiento

definitivamente se dilate aún más por igual razón. Las dudas son válidas porque en primer lugar y a fin de cuentas se trataría posiblemente del único bien heredable a su descendencia y en segundo lugar porque poseen un razonamiento normativo. Esto básicamente porque la propia Circular N° 1 de 16 de enero de 2009 extendida por la Subsecretaría de Bienes Nacionales dispuso en su momento que para el ejercicio y continuidad del procedimiento de regularización es indispensable la existencia de una persona con capacidad de ejercicio, coligiéndose de ello que, ante el fallecimiento de esta persona, el procedimiento simplemente no podría continuar su curso y definitivamente se perdería. Abona en el mismo sentido que, frente a dicha situación, la misma circular indique que podrá “el heredero presentar una nueva solicitud distinta a la que motiva el saneamiento en trámite si cumple con los requisitos y exigencias que dispone el texto legal citado” haciéndose con ello alusión a los arts. 3 y 4 del DL N° 2.695.

Sin embargo, nuestra Corte Suprema revocando en alzada el año 2017 (SCS Rol N° 41730-2016) un recurso de protección resuelto por la Corte de Apelaciones de Valdivia, precisó que en estricto examen del DL N° 2.695 y su reglamento no existe ningún fundamento legal desde el que se entienda facultado el servicio a paralizar el procedimiento y decretar el archivo de los antecedentes ante el fallecimiento del solicitante. De modo que, cualquier actuación en dicho sentido resultaría arbitraria e ilegal en consideración a los principios de legalidad y jerarquía normativa. Lo que corresponde, en cambio, en estos casos es que ante el silencio del DL N° 2.695 y su Reglamento, se integren las normas legales de aplicación general que en el caso sub lite se remiten al inciso final del art. 2500 del CC en términos que “la posesión principiada por una persona difunta continúa en la herencia yacente, que se entiende poseer a nombre del heredero” de lo que se entiende que ante este escenario el derecho a la inscripción para sanear una propiedad debe concluirse a nombre de su solicitante para incorporarse a los bienes y derechos del causante, para luego ser sometida a las reglas de la partición. Lo interesante de este razonamiento es que tuvo ocasión a raíz de un procedimiento en el que la inscripción ni si quiera se había verificado por lo que haciendo propia la locución de a quién puede lo más, puede lo menos, no existe razón para no entenderse perfectamente aplicable al caso de aquel solicitante que fallece en cuanto el plazo de prescripción se encuentra en curso.

4.4.3 Consideraciones finales

En primer lugar, vertido los argumentos debemos reiterar que las modificaciones introducidas al DL N° 2.695 parecen en general acertadas. Sin embargo, bajo el mismo criterio, debemos insistir en que la ampliación del plazo de prescripción exigido para la regularización del dominio no es, en cambio, consistente con los objetivos de un procedimiento que se ha caracterizado por ser expedito y privilegiar la posesión material del inmueble. Circunstancia que, por otra parte, resulta de la más alta importancia puesto que con ello nuestro legislador parece prestar una especial atención al haz objetivo del derecho de propiedad en la medida que recalca expresamente que el principal objetivo del procedimiento en cuestión es el de garantizar el cabal cumplimiento de su función económica. Es decir, al menos en cuanto se circunscribe a los supuestos de este procedimiento, al legislador no parece serle “indiferente” el destino que se le otorgue a la propiedad como se ha pregonado por tanto tiempo desde las corrientes subjetivistas del derecho de propiedad sino más bien todo lo contrario; le interesa tanto que aún en contra de las normas comunes prefiere una posesión detentada a que una meramente inscrita.

De cualquier modo, atendido que con su entrada en vigencia la suerte de dicha modificación parece ya haberse resuelto, sí nos parece relevante que a futuro de volver a discutirse sobre este punto se incorpore en dicha discusión situaciones especiales como la de la persona mayor. No tanto sólo porque existe una CIDHPM que no puede volver a ignorarse por parte de quienes legislan tan importantes materias. Ni tan sólo por ser su situación más crítica que la de la generalidad de los beneficiarios desde el punto de vista de las dimensiones en que se manifiesta su vulnerabilidad, como hemos mencionado previamente, sino porque además este grupo vulnerable, en particular, es quien posee las menores posibilidades de revertir de forma independiente su situación al ser por lo general económicamente pasivos y en consecuencia sobrellevarla principalmente con pensiones de jubilación que de público conocimiento son precarias.

Reducir el plazo de prescripción adquisitiva del bien inmueble objeto de regularización, de los dos años exigidos actualmente, a uno, cuando el beneficiario fuere una persona mayor, prescribiendo extintivamente en igual plazo las acciones que nazcan del

dominio o cualquier otro derecho real sobre el bien raíz en cuestión, debiese ser en definitiva una modificación a tratarse. O bien, cuanto menos analizarse dicha posibilidad en relación con las denominadas “personas mayores de la cuarta edad”; denominación incorporada a nuestro ordenamiento por la Ley N° 21.144⁸¹ con “la finalidad de focalizar en este sector de nuestra población políticas públicas específicas que se hagan cargo de sus necesidades fundamentales” y que concretamente refiere a aquellas personas que poseen 80 o más años de vida, todas posibilidades que hacen eco de la mencionada técnica de diferenciación y equiparación tratada en capítulos anteriores con la que se persigue reparar una situación de detrimento en la realización de estos grupos vulnerables.

Inembargabilidad del bien raíz regularizado

Finalmente, también resultaría interesante discutir la pertinencia de agregar al art. 1618 del CC como no embargable al bien raíz regularizado por vía del DL N° 2.695, cuando al momento de notificarse el mandamiento de ejecución y embargo este siga bajo dominio del beneficiario y constituya su única vivienda y residencia, y se tratase de una persona mayor, con la finalidad de tutelar las necesidades habitacionales de estos grupos vulnerables. Es importante destacar, que actualmente ya se encuentra en trámite una iniciativa en este sentido mediante la presentación de las mociones N° 8096-32 y 8128-32 refundidas⁸², aunque con un alcance muchísimo más amplio puesto que considera a todos aquellos inmuebles que sirvan de única residencia para el adulto mayor cuyo avalúo no supere las 5000 UF y que, con el objeto de evitar conductas desleales que atenten contra la buena fe en la contratación, y una mayor complejidad para adquirir inmuebles a determinados grupos etarios, el origen de la deuda no sea hipotecario, como que el inmueble se encuentre inscrito en el registro respectivo, a nombre del deudor por al menos 10 años y los ingresos autónomos del titular no superen las 50 UF.

⁸¹ Boletín N° 11224-18, modifica ley 19.828, que crea el Servicio Nacional del Adulto Mayor, para establecer el concepto de cuarta edad.

Disponible en: https://www.senado.cl/appsenado/templats/tramitacion/index.php?boletin_ini=11224-18

⁸² Boletín N° 8096-32, refundido con Boletín n° 8128-32, establece como bienes inembargables aquellos bienes pertenecientes a los adultos mayores.

Disponible en: https://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=8501&prmBL=8096-32

Estos criterios amplios, por supuesto, persiguen que el porcentaje de personas mayores beneficiadas con esta medida sea lo más extenso posible. En efecto, según los cálculos obtenidos a partir de los datos entregados por la Encuesta Casen 2009 alcanzaría al 72% como expresa el primer informe de su tramitación y llegaría a beneficiar a adultos mayores pertenecientes a los quintiles de mayores ingresos, incluso algunos catalogables como representantes de la clase media alta. Respecto de las viviendas de esta población, éstas incluirían, dada la cota de los 5.000 UF de avalúo fiscal, porcentualmente a la casi totalidad de los bienes raíces, dado que un alto porcentaje (82%) de ellos posee un avalúo fiscal aproximadamente seis veces menor (20 millones de pesos) que la cota señalada. En consecuencia resulta interesante que, y a nuestro entender de forma correcta, el principal interés de la medida en cuestión no sea la seguridad económica sino la seguridad de la tenencia en la vivienda con todo lo que ello significa en función de las condiciones mínimas de bienestar que deben asegurarse a todas las personas mayores y no sólo a aquellas que presentan una situación especialmente vulnerable como ocurre por ejemplo con el numeral octavo del art. 445 del CPC, el cual incorpora como no embargable “el bien raíz que el deudor ocupa con su familia, siempre que no tenga un avalúo fiscal superior a cincuenta unidades tributarias mensuales o se trate de una vivienda de emergencia, y sus ampliaciones, a que se refiere el art. 5° del decreto Ley N° 2552, de 1979; los muebles de dormitorio, de comedor y de cocina de uso familiar y la ropa necesaria para el abrigo del deudor, su cónyuge o conviviente civil y los hijos que viven a sus expensas”. En este sentido SILVA al destacar en la Comisión Especial del Adulto Mayor que “la inembargabilidad constituye un privilegio que excepciona a ciertos bienes del derecho de prenda general de los acreedores (art. 2465 del CC) evitando que sean perseguidos, y se fundamenta en principios meta jurídicos tendientes a proteger la dignidad e integridad del individuo frente a la contingencia” que al caso de la vivienda “puede tratarse de la defensa de un patrimonio o de un bien de uso, indispensable e insustituible que, en el caso de los adultos mayores, representa muchas veces la única posibilidad de condiciones de vida dignas hasta el fin de sus días”⁸³ sin que ello importe dotarle un carácter absoluto, puesto que en ningún caso esto puede llegar a significar que la

⁸³ Informe de la Comisión de Adulto Mayor referido a dos proyectos (Boletín N° 8096-32 y N° 8128-32 refundidos) que modifican el Código de Procedimiento Civil, en materia de inembargabilidad de los bienes de propiedad de adultos mayores.

Disponible en: <https://www.camara.cl/verDoc.aspx?prmID=15342&prmTIPO=INFORMEPLY>

inembargabilidad se instrumentalice con el fin de burlar los legítimos derechos de los acreedores ni evitar la irrenunciable libertad dispositiva de la propiedad, desplegada en ocasiones por necesidades que muchas veces son más intensas que la propia necesidad de vivienda como puede llegar a serlo el financiamiento para una grave enfermedad. Reconociéndose en todo caso que, finalmente la protección de la vivienda única representa la positivización de un derecho humano de segunda generación o derechos económicos sociales y culturales basados en la solidaridad social, que tiene sus raíces en instrumentos de derecho nacional y humanitario internacional suscritos por Chile, entre otros, la CADH que en su art. 21° inciso primero establece “Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social”. Sin embargo, creemos que el proyecto en cuestión debería establecer una contra excepción en relación a la al origen hipotecario de la deuda, incorporando para esos efectos una cuantía e ingresos inferiores a los incorporados en el proyecto original, o bien derechamente plantearse modificar el art. 445 del CPC, incorporando una mayor cuantía puesto que su escaso valor la hace en la práctica inaplicable.

En definitiva, consideremos que la CIDHPM viene a engrosar justamente esta positivación de manera particular sobre la situación de la persona mayor por lo que, si nuestro legislador se ha colocado en la posición de garantizar este derecho en los amplios términos expuestos, con mayor razón debiese hacerlo en relación a aquel inmueble que se sabe, ha sido adquirido por una persona mayor que además se encuentra en situación de vulnerabilidad como lo demuestra la experiencia del procedimiento de regularización de la pequeña propiedad raíz.

4.5. Compraventa de bien raíz

Recién hemos mencionado que el interés por una pronta regularización de la propiedad inmueble no sólo pasa por la posibilidad de postular a distintos subsidios destinados a mejorar, en general, las condiciones de habitabilidad del bien inmueble una vez que éste es saneado. El propio mensaje del DL N° 2.695 es expreso en señalar que la deficiente constitución del dominio genera problemas “de índole socioeconómico” de crecimiento progresivo al impedir que dichos bienes inmuebles “se incorporen efectivamente al proceso productivo nacional”. Por defecto, desde un punto de vista privatista el saneamiento de la propiedad que no es otra

cosa que la eficaz constitución del dominio, tiende a solucionar problemas socioeconómicos de la persona, al posibilitar que el inmueble en cuestión ingrese efectivamente a su patrimonio y así al comercio o más precisamente al posibilitar que el inmueble sea objeto del despliegue de su capacidad negocial. Esta circunstancia, resulta particularmente importante tratándose del adulto mayor, si se considera que al cesar en su actividad laboral sus activos líquidos disminuyen drásticamente a consecuencia de las bajas pensiones de jubilación que comienzan a recibir. En dicho contexto, el destino que le entreguen al bien raíz de que son propietarios también adquiere enorme importancia desde el punto de vista de su seguridad económica, considerando que nuestro estatuto propietario le entrega a partir de dicha condición distintas alternativas con las cuales obtener ingresos de los que hasta entonces se ha visto desprovisto, y que van desde la disposición del inmueble a actos menos drásticos que involucren tan sólo el desprendimiento temporal de los demás atributos del dominio.

De cualquier manera, pese a que nuestro ordenamiento efectivamente ofrece a las personas distintas alternativas para obtener ingresos líquidos en su patrimonio a partir de un bien inmueble sin que por ello se comprometa su enajenación, la compraventa definida en el art. 1793 del CC como “el contrato en que una de las partes se obliga a dar una cosa y la otra a pagarla en dinero”, continúa siendo en la práctica negocial, la convención de mayor uso en la vida jurídico económica de las personas y por tanto no es de extrañar que con dicho arraigo la propia persona mayor al momento de verse enfrentada a la falta de liquidez considere seriamente recurrir a esta especie de contrato para cubrir aquellas necesidades que, por distintas razones, usualmente asociadas a la salud de si o su familia, le puedan sobrevenir. Sin embargo, disponer del bien inmueble de que es propietario supone a su tiempo la posibilidad de renunciar, eventualmente, a otras necesidades que también revisten en concreto la más alta importancia en su vida como lo es su vivienda y, tal vez la de su familia, por lo que un negocio jurídico rodeado por estas circunstancias de necesidad exige observarse con criterio.

En términos de su examen, debe partir por destacar que, a grandes rasgos, la regulación de la compraventa en nuestro ordenamiento privado guarda en términos formales una importante correspondencia con la CIDHPM.

En efecto, si de ella consideramos especialmente los arts. 7 del derecho a la independencia y la autonomía, 23 del derecho de propiedad y 30 del igual reconocimiento como persona ante la ley, cual incluye el derecho a la propiedad, en relación al Capítulo II, art. 3 de los principios aplicables a la CIDHPM, dentro de los cuales destacamos la independencia, autonomía, igualdad, seguridad económica y autorrealización, resulta necesario concluir que, el acto de disposición realizado por la persona mayor a partir de la obligación personal que nace del contrato de compraventa que suscribe, voluntaria e informadamente, además de ser parte del ejercicio de las atribuciones que le entrega el dominio sobre la cosa, efectivamente también constituye un auténtico reconocimiento a su personalidad jurídica y el derecho que tiene a tomar sus propias decisiones en el contexto de una vida autónoma e independiente contribuyendo de ese modo, indudablemente, a su desarrollo humano.

Desde luego, que esta correspondencia llegue a verificarse en tal modo, mucho tiene que ver con que nuestro ordenamiento interno y más precisamente el derecho privado a que pertenece el contrato de compraventa, se informa de una serie de principios con un considerable nivel de compatibilidad a los fines contemplados por la CIDHPM. Así ocurre por ejemplo con el principio de propiedad y libre circulación de los bienes, considerados elementos esenciales en la búsqueda de la prosperidad de la nación toda y, de cuyo núcleo normativo, se desprende la preferencia de nuestro legislador porque los bienes de toda especie sean adquiridos, transformados y mejorados. Se trata, desde luego, de una clara perspectiva económica centrada en el destino de los bienes que, como podrá leerse de su Mensaje⁸⁴, invade todo nuestro CC, a muestra del deseo de Bello por hacerla propia a partir del contexto global en que se embarcaba el mundo, y en especial Francia y Europa, que venía precedido de una serie de revoluciones liberales en las que la figura del hombre, la producción, la libertad,

⁸⁴ A modo ejemplar, destaca el Mensaje del CC que: “en general, se ha disminuido el tiempo de la posesión provisoria en los bienes del desaparecido. Las posesiones provisorias embarazan la circulación y mejora de los bienes y no deben durar más que lo necesario para proteger racionalmente los derechos privados que puedan hallarse en conflicto con los intereses generales de la sociedad”. Así también en materia de fideicomiso que: “es una regla fundamental en este proyecto la que prohíbe dos o más usufructos o fideicomisos sucesivos; porque unos y otros embarazan la circulación y entibian el espíritu de conservación y mejora, que da vida y movimiento a la industria. Otra que tiende al mismo fin es la que limita la duración de las condiciones suspensivas y resolutorias, que en general se reputan fallidas si tardan más de treinta años en cumplirse”. El destacado es nuestro.

la iniciativa individual y prosperidad resultaban ser la piedra angular de todo sistema económico que se preciara de moderno. Adicionalmente, como nuestro legislador se ha comprometido decididamente con este “*Homo Economicus*”, se ha resuelto hacer aplicación del principio de igualdad en relación a su poder para obligarse por sí mismo y sin el ministerio o autorización de otra persona, de modo que la incapacidad se restrinja fundada y excepcionalmente sólo con respecto de algunas personas, quienes sin dejar de ser sujetos de derechos han de requerir de una tutela especial que restrinja parcial o totalmente los efectos jurídicos de sus actos. Fuera de ello la autonomía privada se presenta como un auténtico axioma. Ya decía SOMARRIVA que, en este aspecto desde la esfera ius privativista “el derecho subjetivo como poder de la voluntad, el principio de la autonomía de la voluntad y el carácter individualista del derecho, son principios que entre ellos tienen íntima conexión y que se justifican íntimamente”⁸⁵.

Por su parte el consentimiento, que no es más que el acuerdo de dos o más voluntades sobre un mismo objeto jurídico, constituye la base de todo contrato. Aún más tratándose de aquellos consensuales. Sin embargo, en el caso de los bienes inmuebles el mero consentimiento no basta. Surge un requisito adicional: la escritura pública. En efecto el art. 1801 de nuestro CC es expreso en señalar que mientras la venta, en general, se reputa perfecta desde que las partes han convenido en la cosa y en el precio, no ocurrirá lo mismo respecto de los bienes raíces, servidumbres, censos ni sucesiones hereditarias en cuanto no se haya otorgado escritura pública. Así en este caso, dicha escritura constituye una auténtica formalidad ad solemnitatem sin la cual el contrato de compraventa no genera efecto alguno, se reputa inexistente, por mucho que la sacra voluntad de las partes haya convenido en la cosa y en el precio.

Por otra parte, lo que hasta aquí se ha dicho se restringe únicamente a la existencia del contrato título en circunstancia que como hemos de recordar para la disposición del dominio sobre la cosa objeto del contrato de compraventa nuestro ordenamiento exige además la verificación de un modo que en la especie se corresponde a la tradición, la cual en los términos de los arts. 684 y 1824 del CC se confunde con la entrega del bien en cuestión.

⁸⁵ TAVOLARI OLIVARES, Raúl. Doctrinas Esenciales. Derecho Civil. Instituciones Generales. Santiago. Revista de Derecho y Jurisprudencia. Edición Bicentenario, 2010, p. 273.

Pero en el caso de los bienes raíces, nuestro legislador nuevamente se aparta de las reglas comunes disponiendo que dicha tradición se verifique en los términos expuestos por el art. 686 del CC, es decir, mediante la inscripción del título en el registro de propiedad del Conservador de Bienes Raíces. En efecto, como se incorpora en el Mensaje: “mientras ésta no se verifica, un contrato puede ser perfecto, puede producir obligaciones y derechos entre las partes, pero no transfiere el dominio, no transfiere ningún derecho real, ni tiene respecto de terceros existencia alguna. La inscripción es la que da la posesión real efectiva; y mientras ella no se ha cancelado, el que no ha inscrito su título, no posee: es un mero tenedor. Como el Registro Conservatorio está abierto a todos, no puede haber posesión más pública, más solemne, más indisputable, que la inscripción”. Procurándose de este modo de una institución que otorgase las mayores expresiones de seguridad jurídica que podían darse, por entonces, las naciones civilizadas.

Se desprende, por lo tanto, que la finalidad del Registro además de verificarse la tradición consiste en el hacer notorio quienes son los titulares de determinados bienes y derechos, para que estos derechos sean respetados en el tiempo, sin distinción de quien sea ni por cual sea la causa que se llegó a adquirir el bien o derecho respectivo. Y en este punto, llegamos a un aspecto angular de la discusión propuesta, puesto que una vez que, conforme a los antecedentes allegados al Conservador de Bienes Raíces respectivo se califica la legalidad del título, y con ello la procedencia de su actuación, al conservador no le cabra más que proceder a realizar las respectivas inscripciones y resguardar a fe pública los títulos, sin invadir en forma alguna el campo en que se desenvuelven los contratantes bajo el imperio de su propia voluntad. Por esta razón, el que el contratante en cuestión sea una persona mayor o no, resulta en principio irrelevante.

Sin embargo, estas circunstancias que bien pueden considerarse parte del estatuto propietario y que además parecieran evidenciar una vez más el imperio de la igualdad ante la ley, el propio derecho a la propiedad, la libre circulación de los bienes y la autonomía privada dentro de nuestro ordenamiento privado, encubren por otra parte una situación de hecho que difícilmente pudo apreciarse a 1855, cual es, que actualmente existen muchas personas mayores, en situación de abandono, que se tornan blanco fácil de otras que de forma inescrupulosa se acercan a ellas con el único objetivo de que transfieran en condiciones

inequitativas los bienes inmuebles de que aquellas están en posesión, vulnerándose de este modo la buena fe pública involucrada en los trámites que de oficio deben realizar tanto notarios como conservadores en la transferencia de la propiedad raíz.

Por este motivo nuestro legislador, poniendo en entredicho estos principios que a la fecha parecían sacramentales, ha presentado desde el 2010 a la fecha al menos tres mociones (Boletín N° 7061-32, Boletín N° 11460-18 y Boletín N° 12869-07) destinadas a modificar el procedimiento involucrado en dicha transferencia y que, en razón de las amplias similitudes que guardan entre ellas, pueden caracterizarse del siguiente modo:

1. Se toma por base la situación de vulnerabilidad de las personas mayores. En efecto, en estos proyectos se reflexiona en torno a la vulnerabilidad física, psíquica y afectiva en que se encuentran las personas mayores por causa de alguna o más enfermedades, el abandono o incluso viudez. Se destaca en este punto la última moción presentada (Boletín N° 12869-07) en cuanto incorpora una dimensión económica. Así, tal iniciativa agrega que, dada la edad de la persona mayor, es posible que exista una demencia no diagnosticada ni declarada por el procedimiento de interdicción respectivo, de la que terceras personas podrían sacar provecho mediante estafas, fraudes u otros abusos patrimoniales que agravarían aún más la situación patrimonial promedio de la persona mayor.

2. Se establece un requisito adicional en caso de enajenación o gravamen de un bien inmueble cuando este pertenezca a una persona mayor. En efecto, se ha propuesto que en el caso de que una persona de 75 o más años de edad, desee enajenar o gravar su único bien inmueble o única residencia, deberá manifestar previamente dicha voluntad ante un juez de familia (Boletín N° 7061-32 y Boletín N° 11460-18) o juez civil (Boletín N° 12869-07) quien acto seguido, citará a una audiencia no contenciosa y resolutive, a realizarse el quinto día hábil y a la que deberán comparecer las partes personalmente o representados, y los parientes del vendedor (Boletín N° 11460-18 y Boletín N° 12869-07), previamente citados. Dado que se ha propuesto incorporar esta instancia tanto en el art. 1795 (Boletín N° 7061-32) como en el art. 1801 del CC (Boletín N° 11460-18 y Boletín N° 12869-07), subsisten dudas respecto de si se trataría de una instancia meramente informativa, una formalidad habilitante e inclusive una auténtica solemnidad.

3. Se orienta a la protección de la persona mayor y su patrimonio. En efecto, la audiencia que ha de tener lugar en caso de enajenar o gravar un bien inmueble bajo los presupuestos señalados, y por la que se cita tanto a las partes del futuro contrato como a los familiares del vendedor, posee dos objetivos fundamentales: informar al vendedor sobre los efectos del contrato que celebra, de modo que su voluntad sea tenida por libre e informada, así como controlar eventuales ánimos defraudatorios por parte del comprador.

Por otra parte, se agrega (Boletín N° 7061-32) que, si en el transcurso de la audiencia se constataren claros, evidentes e indesmentibles signos de demencia en el vendedor o promitente vendedor, deberá suspenderse la audiencia y requerirse un examen pericial ad-hoc, el que será apreciado conforme las reglas sobre valoración de la prueba pericial. Si el juez se formase la convicción de que el vendedor o promitente vendedor se encuentra en estado de demencia, dictará resolución fundada prohibiendo la celebración del contrato, sin que ello signifique declarar la interdicción del vendedor o promitente vendedor, la que, en cambio, podrá tramitarse por cuerda separada, sujetándose a las reglas generales.

Fuera de ello, destáquese que la última moción presentada (Boletín N° 12869-07) plantea como un objetivo adicional la “protección de la fe pública involucrada en la celebración de contratos de compraventa o constitución de derechos reales sobre bienes raíces”.

Naturalmente las opiniones que ha generado la presentación de estas mociones parlamentarias son diversas, de modo que se pueden encontrar con relativa facilidad tanto argumentos a favor como en contra de legislar en los términos planteados.

Argumentos en contra de las mociones presentadas

1. En primer lugar, se arguye que la propuesta planteada por los legisladores supondría un desincentivo a contratar con las personas mayores por cuanto acudir al tribunal, comparecer y eventualmente litigar contra parientes, aumentarían los costos operacionales y entrabaría de ese modo la libre circulación de los bienes, lo que es un anhelo declarado extensamente por nuestro legislador en relación al destino de los bienes.

2. De otra parte, en el mismo orden normativo, se plantea que establecer dicha instancia, vulnera tanto la autonomía privada como el igual reconocimiento de las personas ante la ley. Sobre todo, si se tiene a consideración que en la especie el art. 1795 del CC, establece que el principio rector en la compra venta es el de la capacidad, así “son hábiles para el contrato de venta todas las personas no declaradas inhábiles para celebrarlo o para celebrar todo contrato”.

3. En la línea de lo anterior, el proyecto planteado estaría encubriendo una incapacidad no declarada al mismo tiempo que, establecería un requisito habilitante (la autorización judicial) sin que se regule específicamente, lo cual pesaría en las decisiones y el normal desarrollo de las actuaciones jurídicas de la persona mayor.

4. En relación al bien inmueble, se plantea que la exigencia de tratarse del “único inmueble o única residencia” ofrecería ciertos problemas prácticos que perjudicarían directamente a la persona mayor pues aun cuando se tratase efectivamente su único bien inmueble podría encontrarse residiendo en casa de sus hijos o en un establecimiento de cuidados sin poder acceder al producto de la venta de un inmueble que en definitiva no ocupa ni ocupará.

5. Por otra parte, los proyectos tampoco aclaran a quienes ni cuantos familiares ha de citarse a la audiencia por cuanto existe apenas una mención genérica de ellos; cabiendo por otra parte dudas respecto de cuáles serían las verdaderas intenciones de los que asistan pues bien podría ocurrir que efectivamente estén interesados en el resguardo y seguridad patrimonial de la persona mayor, pero también podrían actuar en función del egoísta interés de conservar el contenido de una sucesión de la que esperan beneficiarse materialmente.

6. Igualmente se considera inadecuado que en las mociones se abra la posibilidad a que la audiencia se verifique con un mandatario letrado y no personalmente, por cuanto se desvirtuaría el objetivo tutelar de la instancia al no informarse directamente de los alcances del contrato a la persona mayor, e impedir al juez percibir eventuales signos de demencia e inclusive, la sola disposición a perseverar en el contrato una vez informado de sus alcances.

7. Finalmente se ha señalado que la ubicación en que se plantea incorporar la disposición no se condice con sus alcances puesto que se incluye en el título de la compra venta en circunstancia de resultar aplicable a cualquiera otro contrato por el que se enajene o grave la propiedad inmueble como ocurre con la permuta, donación, hipoteca, etc.

Argumentos a favor de las mociones presentadas

1. No supondría mayores costos operacionales puesto que las partes podrán concurrir personalmente y no se entorpecería la libre disposición de los bienes puesto que el asunto se resolvería en una sola audiencia, la cual se celebraría a la brevedad una vez ingresado el requerimiento.

2. No establece ninguna incapacidad, ni un requisito habilitante, sino que apenas un procedimiento especial de carácter no contencioso, informal e informativo.

3. Se ha establecido en funciones de otras normas, que la ubicación de éstas no es la que determina su alcance, sino su contenido.

4. Su principal objetivo es brindar protección a un grupo humano históricamente vulnerable (como ocurre con los menores de edad, discapacitados y mujeres) respecto de quienes resulta necesario tomar medidas tutelares que prevengan efectivamente los abusos patrimoniales de que son objeto.

5. Por lo anterior, la modificación propuesta fortalecería tanto la seguridad económica de la persona mayor como la buena fe pública involucrada.

6. Si bien el texto de las mociones parece impreciso, se trata de aspectos superables; así por ejemplo se podría asegurar que la comparecencia sea exclusivamente personal; que el bien raíz sea copulativamente “único bien inmueble y única residencia” y que los familiares citados se restrinjan a dos, cuyo testimonio será tomado apenas como un elemento más de prueba sin que quepa la posibilidad de tornarse la diligencia contenciosa.

Comentarios a las mociones prestadas

En primer lugar, cabe señalar que hasta el momento al menos dos de las tres mociones parlamentarias cuentan con informes de la Corte Suprema (lo cual resulta lógico puesto que la última moción se presentó hace apenas algunos meses). De estas dos restantes sólo una se encuentra actualmente en tramitación (Boletín N° 11460-18) y destaca por haber contado la resolución su informe con votos divididos. En efecto, en dicha oportunidad sólo el ministro Juica estuvo por informar negativamente la moción parlamentaria, tal cual había hecho algunos años atrás la totalidad del pleno de la Corte Suprema en relación a la primera de las mociones presentadas. En lo fundamental por considerar que el proyecto en cuestión envuelve “el establecimiento de una verdadera incapacidad respecto de los adultos mayores que sin duda les pesará en la toma de sus decisiones y en el normal desenvolvimiento de sus actuaciones jurídicas, en circunstancias que el ordenamiento legal ya contempla procedimientos judiciales dirigidos a declarar la interdicción de una persona y a la designación de representantes o curadores de incapaces, así como la actividad radicada en los notarios destinada a verificar si una persona está en su sano juicio, bajo cuya operativa es actualmente posible cautelar los intereses de aquéllos a quienes la iniciativa pretende proteger”⁸⁶. Sin embargo, la sorpresa vino de parte de los ministros Muñoz, Brito, Blanco y Dahm, quienes estuvieron por informar de forma positiva el proyecto de ley “atendido que la finalidad que pretende obtener es necesaria” observando que “aun cuando la medida parezca extrema es posible buscar una forma más adecuada para obtener el mismo objetivo, tal como ocurre con el cumplimiento de las formalidades previstas para los testamentos y, en el evento de no poder aplicarse, seguir lo establecido en el proyecto” extendiendo la aplicación de la norma “en todo caso, incluso si la persona adulto mayor comparece representada por mandatario”⁸⁷.

No existen mayores detalles en los informes presentados. Sin embargo, de ambas posiciones se desprenden algunos elementos importantes por analizar.

⁸⁶ Boletín N° 11460-18, modifica el Código Civil con el objeto de proteger a los adultos mayores en la enajenación y gravamen de inmuebles de su propiedad, en los casos que indica. Disponible en: <https://www.camara.cl/verDoc.aspx?prmTipo=SIAL&prmID=37093&formato=pdf>.

⁸⁷ Ídem.

4.5.1 El procedimiento de interdicción en función de la autonomía

En primer lugar, se destaca que la propuesta parlamentaria podría llegar a producir una disminución en la autonomía e independencia de las personas mayores lo cual sólo debiese concebirse y en la medida que fuese procedente, *lex data*, de la aplicación del procedimiento de interdicción. Sin embargo, esta afirmación, que en concreto persigue dar cuenta de que “nuestro ordenamiento legal ya contempla procedimientos judiciales” con que calificar y declarar la eventual incapacidad de una persona mayor, y con ello garantizar la tutela personal y patrimonial de la persona mayor, se topa con otra dificultad y que dice relación con que a la luz de los lineamientos de la CIDHPM pareciera existir consenso en que el sistema de interdicción y curatela a que se hace mención, debiese reemplazarse, en estos casos, por un sistema de apoyo en la toma de decisiones por cuanto, así como está dado, produce efectos contra productores; limitantes; refuerza la estigmatización de las personas; y obstaculiza el desarrollo de su autonomía en la medida que su voluntad es virtualmente reemplazada por la de un tercero. Es decir, bajo los lineamientos de la CIDHPM, la recurrencia al sistema de interdicción terminaría por producir los efectos que justamente se pretenden evitar a partir del informe presentado.

Recordemos, a propósito de esta materia que, la atribución de la capacidad no es más ni menos que la primera e inmediata consecuencia del reconocimiento de la persona por lo que resulta forzoso que, frente a la incapacitación las propiedades de nuestro ser jurídico, por medio de las cuales nos individualizamos y formamos parte de las relaciones de derecho se vean mermadas. De ahí que a partir de la CIDHPM se promueva un modelo social de dignidad que tienda en cambio a posibilitar la efectividad de sus derechos como la persona que se reconoce ser y sobre todo que asegure la participación activa en todos los ámbitos de su vida en el entendido que desde este enfoque las limitaciones que puedan expresarse en su vida social, no son naturales, inevitables ni tolerables sino que el producto de una construcción social y de relaciones de poder que constituyen una violación de su dignidad intrínseca de modo que la incapacidad como respuesta a un diagnóstico de padecimiento mental debiese reputarse como actualmente obsoleta. En este sentido, la sola recomendación del señor ministro Prado en cuanto a incorporar un informe médico-psiquiátrico como requisito complementario a la comparecencia que obre como medio eficaz para evaluar que el

interesado cuente con sus facultades mentales conservadas ya no al proceso de interdicción sino al propio requerimiento ante el tribunal de familia o civil, según sea la moción de que se trate, resulta de dudosa conveniencia si se tiene presente la actual operatividad de nuestros tribunales en relación a la incapacitación.

Por otro lado, las reflexiones encaminadas por las resoluciones de la Corte Suprema coinciden en que la incorporación de una instancia judicial previa parece ser una medida, a priori, desproporcionada. Opinión que bajo los lineamientos de la CIDHPM debemos compartir. Pero no sólo por representar una vulneración al principio de la libre circulación de los bienes en la medida que la exigencia de esta instancia adicional pueda percibirse como un grave desincentivo a contratar con las personas mayores, sino que, en lo sustancial, por importar además una diferencia de trato injustificada, y por tanto una abierta discriminación, que envuelve la posibilidad de replicar los efectos estigmatizantes de la interdicción. Convengamos en que además la celeridad con que se propone ejecutar este procedimiento resulta de dudoso éxito puesto que, la incorporación de esta instancia significaría radicar un importantísimo número de causas en la actividad de unos tribunales que actualmente ya encuentran enormes dificultades para resolver satisfactoriamente los asuntos sometidos a su conocimiento. Sobre todo, si las mociones se decantan por radicar esta materia en los Tribunales de Familia.

De esta suerte, los señores ministros han igualmente convenido en que una medida, menos alevosa si se quiere, pareciera encontrarse en la actividad de los notarios. Aconsejando, inclusive, el replicar las formalidades que ya se exigen en relación a la celebración del testamento. Es decir, incorporando a esta especie de actos jurídicos la presencia de testigos y la evaluación de “sano juicio”. Recordemos sobre este último punto, que actualmente el testamento es el único acto jurídico respecto del cual nuestro ordenamiento, atendiendo su trascendencia, exige en relación a la labor del notario y sin distinguir de quien sea el testador, la corroboración de encontrarse éste en su sano juicio (art.1005 del CC). De tal imperativo legal, se ha convenido por la práctica notarial la pertinencia de exigir un certificado médico que de fe de dicha condición. Lo que no se ha tenido presente, al parecer, por parte de los señores ministros es que por esta misma práctica ya se exige igual certificado en relación a los actos de enajenación o gravamen sobre inmuebles cuando el solicitante se trata de una persona

mayor, sea para evitar cualquier riesgo en relación a tornarse blanco de eventuales responsabilidades civiles sea por el legítimo interés de resguardar el patrimonio de este grupo etario. Fuera cual fuera el caso, es de nuestro parecer que esta práctica que hoy se propone normar tampoco se condice con los lineamientos expresados por la CIDHPM en la medida que a diferencia de lo que ocurre con el testamento se exigiría sólo con respecto de la persona mayor una evaluación que, además debe ser médica lo que por supuesto supondrá dilatar el negocio jurídico que se pretende y desde luego hacerlo más oneroso, bajo la única consideración de su edad lo cual no hace más que reafirmar su carácter discriminatorio.

Finalmente, y sin perjuicio de las incuestionables buenas intenciones, debemos señalar que las medidas propuestas no se sostienen si quiera desde sus presupuestos. En primer lugar, porque aun cuando se aceptase que con estas modificaciones no se establece una incapacidad; que la audiencia en cuestión no constituye un requisito habilitante; no es menos cierto que el establecimiento de una instancia judicial previa, o incluso la sola solicitud de un certificado médico ante notario, prejuzga a la persona mayor como especialmente susceptible en su juicio, sin perjuicio de que la primera de las mociones presentadas, incluso, se aventura a insinuar una posible demencia no declarada, sugiriéndose en definitiva que a partir de un factor de riesgo como lo es la edad, deben tomarse medidas tutelares que no se condicen con los estudios de campo existentes tanto del deterioro cognitivo que se atribuye a las personas mayores como de eventuales situaciones de abandono que sufren y den lugar a eventuales abusos por parte de terceros.

Así por ejemplo, en relación con la demencia, el Estudio Nacional de la Dependencia realizado por el SENAMA, en el año 2009, y citado por el MINSAL en el informe titulado Plan de demencia 2017, da cuenta que tan sólo el 7,1% de las personas de 60 años y más (7,7% en mujeres y 5,9% en hombres) presenta deterioro cognitivo, cifra que recién a partir de los 75 años muestra un aumento exponencial, alcanzando 13% en las personas entre 75-79 años y 36,2% en los mayores de 85 años⁸⁸. En igual sentido la Encuesta Nacional de Salud ENS 2009-2010, la cual reportó que 10,4% de los adultos mayores presentan un deterioro cognitivo y 4,5% presenta deterioro cognitivo asociado a discapacidad, elevándose a un 16%

⁸⁸ MINSAL, Gobierno de Chile. Plan de Demencia 2017. 2017, p.14. Disponible en: <https://www.minsal.cl/wp-content/uploads/2017/11/PLAN-DE-DEMENCIA.pdf>

recián en el caso de aquellos que posean 80 o más años⁸⁹. Del mismo modo en relación a la situación de abandono en que se encuentran las personas mayores el Informe de Difusión “Soledad en la tercera edad: una respuesta institucional”, cuya evidencia expresa que en Chile un 13% de los adultos mayores viven solos, cifra que aumenta a un 19% en el caso de las personas de 80 años o más y se limita a un 4% respecto de los adultos mayores que viven en condiciones de aislamiento familiar severo asociado al abandono⁹⁰, y el estudio realizado para La Tercera por el Centro de Encuestas y Estudios Longitudinales de la Universidad Católica que consideró datos de la Encuesta Casen entre 1990 y 2015 el cual expresa que la cifra de personas de 65 años o más que viven solas asciende al 14,9%⁹¹.

En definitiva como podrá deducirse de los datos entregados por los estudios presentados, y que en definitiva constituyen la situación de hecho de la persona mayor en relación a los criterios analizados, resulta evidente concluir que la enorme mayoría de los adultos mayores, incluso aquellos que superan la barrera de los 75 años, no presentan deterioro cognitivo ni se encuentran particularmente en situación de abandono como prejuiciosamente se plantea por parte de los señores parlamentarios sino que por el contrario son plenamente autovalentes y conservan algún grado de acompañamiento familiar de modo que la implementación de las medidas planteadas supondría en definitiva una arbitrariedad que atentaría gravemente en contra de los lineamientos de la CIDHPM.

Esto, desde luego, no quiere decir que el abandono y el deterioro cognitivo en la persona mayor sea apenas marginal y carezca de importancia. Mucho menos si tomamos en consideración que en la elaboración de la CIDHPM justamente se tuvo presente, de forma expresa, la necesidad de resolver, prioritariamente, la situación de las personas mayores en condiciones de vulnerabilidad. Sin embargo, a partir de este mismo instrumento resulta inconcebible que los resguardos que se tomen en consideración a este grupo se ejecuten en desmedro de las demás personas mayores. El abandono y la salud mental de las personas

⁸⁹ MINSAL, Gobierno de Chile. Encuesta Nacional de Salud ENS Chile 2009-2010. Santiago. Tomo I, 2010, pág.22. Disponible en: <http://www.senama.gob.cl/storage/docs/Dependencia-Personas-Mayores-2009.pdf>

⁹⁰ IDEAPAIÍS. Soledad en la tercera edad: una respuesta institucional. Santiago. 2019, pp.6-8. Disponible en: http://ideapais.cl/wp-content/uploads/2019/01/Informe_vejez_.pdf.

⁹¹ SEPULVEDA GARRIDO, Paulina. Más de 330 mil adultos mayores viven solos en Chile. Santiago. La Tercera, 2017. Disponible en: <https://www.latercera.com/noticia/mas-330-mil-adultos-mayores-viven-solos-chile/>.

mayores constituye una tarea social que no debiese resolverse mediante la imposición de cargas a la propia población que se persigue tutelar sino que más bien, fortaleciendo la responsabilidad familiar y las herramientas con las que incluso terceros ajenos a su núcleo familiar pero que estando en conocimiento de dichas situaciones y de eventuales delitos puedan hacer llegar los antecedentes de forma expedita ante autoridades competentes, de cuya operatividad y normativa sancionatoria correspondiente dependerá finalmente la seguridad personal y patrimonial de las personas mayores.

Sirva señalar que, sobre el primero de estos objetivos, nuestro ordenamiento ya establece de forma clara en el art. 223 del CC que “aunque la emancipación confiera al hijo el derecho de obrar independientemente, queda siempre obligado a cuidar de los padres en la ancianidad, en el estado de demencia, y en todas las circunstancias de la vida en que necesitaren sus auxilios. Tienen derecho al mismo socorro todos los demás ascendientes en caso de inexistencia o de insuficiencia de los inmediatos descendientes” lo que ha sido, incluso, materia de estudio en relación a las posibles responsabilidades civiles extracontractuales que se deriven de su incumplimiento⁹².

A su vez, en beneficio de la actividad legislativa, debemos señalar que en los últimos años se han introducido importantes modificaciones al derecho de familia justamente con el objeto de prevenir las situaciones antes comentadas. Cítese, por ejemplo, la Ley N° 20.427 (resultado de las mociones refundidas: Boletines N° 4167-18; 4691-18; 5055-18; 5142-18 y 5376-18) que modifica la Ley N° 20.066 de violencia intrafamiliar y otros cuerpos legales para incluir el maltrato del adulto mayor en la legislación nacional de forma que: le corresponda al Estado adoptar “políticas orientadas a prevenir la violencia intrafamiliar, en especial contra (...) los adultos mayores (...) y a prestar asistencia a las víctimas” (art. 3 de la Ley N° 20.066) entendiéndose que existirá violencia intrafamiliar dentro de otras hipótesis, cuando se verifique “todo maltrato que afecte la vida o la integridad física o psíquica” del adulto mayor que “se encuentre bajo el cuidado o dependencia de cualquiera de los integrantes del grupo familiar” (art.5 de la Ley N° 20.066) y “una situación de riesgo

⁹² CORNEJO GARCIA, María. Particularidades de la responsabilidad civil extra contractual en el derecho de familia. Santiago. Tesis de pregrado, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile, 2012, p. 153. Disponible en: http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/112811/de-cornejo_m.pdf?sequence=1.

inminente” en el hecho de que “un adulto mayor, dueño o poseedor, a cualquier título, de un inmueble que ocupa para residir, sea expulsado de él, relegado a sectores secundarios o se le restrinja o limite su desplazamiento al interior de ese bien raíz”. Situaciones por las que el tribunal, “con el solo mérito de la denuncia, deberá adoptar las medidas de protección o cautelares que correspondan” (art. 7 de Ley N° 20.066) y que, en el caso de los adultos mayores en situación de abandono, podrá traducirse en “la internación del afectado en alguno de los hogares o instituciones reconocidos por la autoridad competente” entendiendo para estos efectos como situación de abandono “el desamparo que afecte a un adulto mayor que requiera de cuidados” (art. 92 de la Ley N° 19.968). Añadamos sobre este respecto que actualmente la regulación del procedimiento de violencia intrafamiliar contenido en la Ley N° 19.968 establece en su art. 84 la obligación de denunciar a quienes ejercen el cuidado personal de aquellos que, en razón de su edad, incapacidad u otra condición similar, no pudieren formular por sí mismos la respectiva denuncia, bajo apercibimiento de ser multado con 1 a 4 unidades tributarias (art. 494 del CP) y que con la intención de fortalecer el estatuto de responsabilidad familiar la moción N° 12869-07 persigue incorporar como causal de indignidad en la sucesión la condena que haya recibido el sucesor por haber ejecutado violencia intrafamiliar en contra del causante. A mayor abundamiento, pese a que actualmente con las modificaciones que ya han entrado en vigencia el abandono ha pasado a considerarse como una hipótesis de violencia intrafamiliar, nuestros legisladores han convenido en la necesidad de ampliar incluso su tipo penal y sus sanciones mediante moción N° 8162-32 dado que “hasta hoy, el abandono de un adulto mayor –enfermo o imposibilitado- solo podría perseguirse eventualmente por el artículo 352 de nuestro Código Penal, siempre y cuando mediara cierta relación entre los sujetos del delito, y se materializara la muerte o lesiones del individuo”⁹³. De modo que ante la nueva normativa, cualquiera persona que tenga bajo su cuidado o protección a una persona mayor desvalida sin prestarle asistencia o auxilio en las circunstancias que requieran sea castigado con la pena de presidio menor en su grado mínimo y multa de veintiuna a treinta unidades tributarias mensuales o presidio menor en su grado

⁹³ Boletín N° 8162-32. Modifica el Código Penal, sancionando el abandono de adultos mayores, Moción parlamentaria. Discusión general proyecto de ley. Disponible en: <https://www.camara.cl/legislacion/ProyectosDeLey/tramitacion.aspx?prmID=8567&prmBOLETIN=8162-32>

medio cuando el abandono se produzca por cónyuge o descendiente y presidio mayor en su grado mínimo, si de este abandono resultara la muerte o lesiones corporales.

Finalmente destaquemos que la propia Ley N° 24.270, dando cuenta de la desprotección patrimonial en que muchas veces se encuentran las personas mayores introdujo una no poco controvertida modificación al CP en orden a que la exención de responsabilidad penal del art. 489 por los hurtos, defraudaciones o daños no sea aplicable cuando la víctima sea una persona mayor a los 60 años. Sin perjuicio que, actualmente se encuentran en tramitación al menos tres mociones, refundidas, con el objeto de fortalecer su tutela patrimonial; la primera de ellas corresponde a la moción N° 12759-07 que modifica el CP, el CPP y la Ley N° 20.066, sobre Violencia Intrafamiliar, para prevenir y sancionar penalmente el abuso patrimonial contra adultos mayores y personas con discapacidad; la segunda corresponde a la moción N° 11866-18 que modifica la ley N° 20.066, que Establece ley de Violencia Intrafamiliar, para sancionar el abuso económico y patrimonial en contra de los adultos mayores en el caso que indica y finalmente la moción N° 10522-18 que modifica el CP, para sancionar como estafa calificada el engaño orientado a obtener de adultos mayores la suscripción de mandatos u otros títulos que afecten su patrimonio como perfectamente podría resultar ser el caso que ha motivado la presentación de las mociones que persiguen la incorporación de una instancia judicial previa a la celebración de una escritura en que se transfiera o grave la propiedad inmueble de una persona mayor y que hemos puesto en análisis.

4.5.2 Consideraciones finales

Anteriormente hemos compartido el diagnóstico de los legisladores en orden a calificar el abandono y el deterioro cognitivo de las personas mayores como factores de riesgo altamente sensibles que merecen a la luz de las prioridades establecidas por la CIDHPM la mayor de nuestras atenciones. En efecto, situaciones de postergación familiar e institucional, así como los deterioros en la salud mental sin la debida atención constituyen elementos determinantes a la hora de calificar a una persona mayor como vulnerable y en consecuencia mediar para que su situación particular sea resuelta de forma preferente y satisfactoria. Sin embargo, también hemos señalado no compartir una idea complementaria en cuanto a que la

sola consideración de la edad, por su asociación a dichos factores de riesgo, debiese ser motivo suficiente para tomar medidas tutelares especiales, por considerarlas en la forma que se presentan, desproporcionadas y contrarias tanto a los principios de nuestro ordenamiento privado como aquellos consagrados en la CIDHPM y que en su conjunto, puede decirse, persiguen garantizar su mayor realización en el contexto de un envejecimiento activo y no de uno sometido a cargas arbitrarias que en definitiva suponen una situación de discriminación insostenible.

Con todo, pese a que igualmente hemos destacado que la forma más eficaz de prevenir eventuales defraudaciones patrimoniales en perjuicio de las personas mayores es la de fortalecer tanto la responsabilidad social como familiar en conjunto con mayores sanciones civiles y penales, no es menos cierto que desde el punto de vista preventivo, tal como lo han señalado los propios parlamentarios, las competencias con que los notarios ejercen sus labores como ministros de fe parecen limitadas a la hora de calificar la voluntad de quien en definitiva se manifiesta ante su autoridad con el ánimo de celebrar una escritura con la que transferir o gravar su propiedad inmueble. Esto parece lógico, puesto que como ya está dicho, tal calificación es ordenada por nuestro ordenamiento sólo con ocasión de la ejecución de la escritura testamentaria.

Destaquemos en esta línea que actualmente la regulación de la actividad de los notarios, contenida principalmente en el párrafo 7º del Título XI del COT (arts. 399 a 445), cuyo texto definitivo fue sustituido completamente por la Ley N° 18.181, no hace mención alguna a dicha calificación. Si tal exigencia existe para el testamento, es por exclusiva disposición de los arts. 1005, 1016 y 1023 del CC, aplicables a sus funciones por la expresa remisión del art. 414 del COT, en términos que “en cuanto al otorgamiento de testamento, se estará a lo establecido al respecto en el CC”. Fuera de ello no es posible hallar otra disposición en tal sentido, de modo que en la actualidad el grueso de la actividad de los notarios se restringe a autorizar instrumentos públicos, como las escrituras públicas, y autorizar las firmas que se estampan en documentos privados en cumplimiento de la función especialísima que se les encomienda en orden a dar fe pública del lugar y fecha del otorgamiento de tales instrumentos y de que quien lo otorga, es en definitiva quien dice ser.

Por supuesto, esto se comprenderá sin perjuicio de lo señalado por PIZARRO⁹⁴ en cuanto a que “fuera de la responsabilidad por incumplimiento de deberes legales, los notarios pueden quedar expuestos a responsabilidad por no comportarse como lo haría un buen notario. Algo así como la “*lex artis*” de los notarios, que debiera constituir el patrón de conducta que les es exigible, aunque no esté prevista la función en forma expresa en la ley.” Razón que, dicho sea de paso, estimamos ha obrado como el fundamento de la práctica seguida por buena parte de estos a la hora de solicitar a las personas mayores un certificado médico que dé cuenta de sus condiciones cognitivas a la hora de manifestar su voluntad de transferir la propiedad inmueble de que son propietarios. Práctica que como también ya hemos mencionado nos parece de dudosa legalidad y derechamente contraria a los lineamientos de la CIDHPM.

Las deficiencias en orden a cautelar los intereses de las personas mayores vulnerables son en consecuencia patentes. Sin embargo, la lógica nos conmina a pensar que lo procedente en este caso es reforzar dichas facultades y no trasladar la solución de este vacío a una autoridad distinta como se propone en las mociones presentadas con la incorporación de una instancia judicial previa. Y tal vez lo más importante: sin que esto se aplique restrictivamente a la persona mayor. En este sentido parece apuntar la moción N° 8351-07, cuya tramitación aún estancada desde el año 2012, persigue “establecer ciertas exigencias adicionales en miras a robustecer la importantísima función de fe pública entregada al notario y a quienes lo reemplazan, protegiendo con mayor fuerza el tráfico jurídico y asegurando la certeza de la legitimidad de los actos y contratos que nacen cada día – puesto que - no son pocos los casos que se ventilan o se han ventilado en nuestros Tribunales, que dan cuenta de personas inescrupulosas que han defraudado o engañado a personas de diversa edad o preparación, a través de una intervención directa de los afectados por el vicio, en los actos o contratos anulables o, a través de mandatos o poderes de administración, obtenidos de manera solapada, que han sido empleados para fines de enriquecimiento propio del defraudador, con el consecuencial y grave perjuicio patrimonial de quienes figuran celebrando actos o contratos que nunca tuvieron intención de otorgar, afectados por algún vicio en el consentimiento, como

⁹⁴ PIZARRO WILSON, Carlos. La responsabilidad civil de los notarios en Chile. Coquimbo. Revista de Derecho Universidad Católica del Norte, Año 18, N° 2, 2011, p.141. Disponible en: <https://revistaderecho.ucn.cl/index.php/revista-derecho/article/view/2030/1656>.

el error, el dolo o la fuerza, que hace anulable el contrato, pero sólo con una largo, engorroso y costoso juicio civil ordinario”⁹⁵.

El proyecto en cuestión además es acertado al considerar el derecho español, de prolífera reglamentación normativa de la actividad notarial, la cual a través de la Ley Orgánica del Notariado de 28 de mayo de 1862 y su Reglamento, aprobado por Decreto de 2 de junio de 1943, establece en el primer cuerpo legal mencionado en su art.17 bis, párrafo 2 letra a), a propósito del documento público electrónico que "con independencia del soporte electrónico, informático o digital en que se contenga el documento público notarial, el notario deberá dar fe de la identidad de los otorgantes, de que a su juicio tienen capacidad y legitimación, de que el consentimiento ha sido libremente prestado y de que el otorgamiento se adecua a la legalidad y a la voluntad debidamente informada de los otorgantes o intervinientes”⁹⁶. De modo que aparece como recomendable aspirar a que nuestros notarios también realicen un control previo sobre los elementos incorporados en el modelo español: identidad, capacidad, legitimación, libertad e información en el consentimiento. De dicha forma, razonan, se permitirá “estrechar de modo considerable la afectación de derechos que pueden estar en juego con su creación-en relación al acto ejecutado-, y, de un modo preventivo, asimismo, se logrará disminuir la judicialización de actuaciones engañosas que causen perjuicio a sus otorgantes”. Con todo, los legisladores advierten que la actual estructura del sistema notarial nacional impide que los notarios puedan llevar adelante un control efectivo sobre la legitimidad y la información sin perjuicio que “el sistema agradecería que el notario se tome todo el tiempo posible, en chequear la legitimación, y, en informar lo que más pueda al otorgante, respecto del acto y consecuencias del mismo”⁹⁷.

⁹⁵Boletín N° 8351-07. Modifica el Código Orgánico de Tribunales, elevando las exigencias de control de notarios, en su función de Ministro de Fe, ante el otorgamiento de instrumentos que autoricen. Disponible en: <https://www.camara.cl/legislacion/ProyectosDeLey/tramitacion.aspx?prmID=8752&prmBOLETIN=8351-07>

⁹⁶ Señálese que el propio reglamento español hace extensivo lo declarado respecto del documento público electrónico a cualquiera autorización o intervención de instrumento público. Así su art. 145 establece: “La autorización o intervención del instrumento público implica el deber del notario de dar fe de la identidad de los otorgantes, de que a su juicio tienen capacidad y legitimación, de que el consentimiento ha sido libremente prestado y de que el otorgamiento se adecua a la legalidad y a la voluntad debidamente informada de los otorgantes e intervinientes.”

⁹⁷ Boletín N° 8351-07. Op.Cit.

Así las cosas, nuestro legislador propone incorporar un nuevo inciso segundo al art. 405 del COT relativo a las indicaciones de las escrituras públicas, por el que “El notario deberá constatar que el otorgante de la escritura, evidencia suficientes condiciones de lucidez y que concurre con su voluntad de manera libre a otorgar dicho documento, debiendo dejar constancia de haber efectuado tal apreciación, en el respectivo instrumento”. No refiere a la identidad ni a la capacidad puesto que entiende que el control sobre el primero de estos elementos por norma ya se realiza, y el segundo se lograría mediante la incorporación de la fecha de nacimiento, para lo cual propone intercalarlo en el primero de los incisos del artículo en comento. El problema surge, a nuestro entender, con la incorporación de una segunda norma contemplada en la misma disposición que se pretende incorporar por la que “*En el caso de los adultos mayores*”⁹⁸, de las personas que han evidenciado no estar en condiciones suficientes de lucidez, por enfermedad u otra causa, y de las personas que requieren otorgar la escritura fuera del despacho del notario, deberán ser consultados por éste, o por un delegado del anterior, en el último caso, sobre diversos aspectos que permitan evidenciar su lucidez y su libre voluntad en el otorgamiento del instrumento, debiendo dejar constancia de haber efectuado dicho análisis, y la apreciación resultante del respectivo control”. Desconocemos las razones precisas en las que se sostiene dicha distinción puesto que hasta la fecha el proyecto no se ha discutido en ninguna comisión, sin embargo, hemos de suponer que los argumentos se circunscriben a los ya expresados con ocasión de las mociones analizadas previamente; es decir, a la presunción de vulnerabilidad por abandono o deterioro mental. Desconcierta además dicha propuesta al haberse tomado por base el modelo español, puesto que como puede constatarse de un rápido examen del Reglamento de la organización y régimen del Notariado español, no existe disposición alguna que apoye esta cuestionable segunda norma. Incluso más, el modelo peninsular siquiera hace referencia al cómo los notarios han de dar fe sobre la capacidad y la libertad del consentimiento prestado. Por este motivo la práctica notarial seguida en esas latitudes, considerando que su art. 180 establece que “en la autorización de las escrituras públicas no será necesaria la intervención de testigos instrumentales, salvo que la reclamen el notario autorizante o cualquiera de las partes, o cuando alguno de los otorgantes no sepa o no

⁹⁸ La cursiva es nuestra.

pueda leer ni escribir” ha tendido a servirse justamente de los testigos instrumentales y seguidamente, de manera excepcional, de la exigencia de un certificado médico que sirva de complemento a su propio juicio respecto de las condiciones en que el otorgante manifiesta su consentimiento. Sin embargo, ni uno ni otro medio se emplea especial ni particularmente sobre las personas mayores, como es pretendido por nuestros legisladores, sino que ante cualquiera persona cuyas facultades evidencien encontrarse disminuidas.

En definitiva, por supuesto que el estudio de un modelo notarial más desarrollado como el español no tiene por qué significar que este sea replicado sin más de principio a fin en nuestro ordenamiento. La adecuación de modelos extranjeros a nuestra propia realidad es una práctica legislativa necesaria y razonable, sobre todo si se tiene a consideración que la organización, funciones y medios operacionales de nuestra actividad notarial presenta retrasos evidentes cuya reforma se encuentra afortunadamente en pleno curso. Sin embargo, esto tampoco tiene por qué legitimar que los avances que intertanto puedan realizarse, se direccionen en un sentido opuesto a los compromisos internacionales que nuestro Estado ha suscrito particularmente con la CIDHPM. Nuestra recomendación en tal sentido, es la de suprimir la segunda de las normas incorporadas en este proyecto por considerarla constitutiva de un trato diferenciado carente de fundamento razonable que lesiona los derechos fundamentales de la persona mayor y en lo sucesivo, replicar el modelo español en cuanto a la facultad entregada a los notarios de servirse de testigos instrumentales e incluso de certificado médico, junto a la expresa prohibición de servirse de aquellos por exclusiva razón de la edad de los otorgantes, como una forma de controlar y revertir la actual práctica notarial de nuestro país por la que ya se exige a las personas mayores la entrega de un certificado médico de forma previa al otorgamiento de una escritura pública con la que estas persigan transferir sus propiedades inmuebles. De este modo, creemos, en conjunto a las reformas que en materia de familia y penal se han realizado y que están por realizarse, es posible contribuir de forma adecuada a los lineamientos de la CIPDHM a la prevención de acciones inescrupulosas que atenten contra la propiedad inmueble de las personas mayores en nuestro país.

4.6. Compraventa de la nuda propiedad

Finalmente, colocados en el caso que la persona mayor decida vender su propiedad inmueble, resulta útil visibilizar la posibilidad de que por el mismo acto de compraventa en que transfiere su propiedad, constituya un usufructo que le grave en su favor.

Como hemos señalado, a partir de los lineamientos económicos con que se estructura la regulación de los bienes en el derecho privado nacional y de las propias disposiciones contenidas en la CIDHPM, resulta indispensable garantizar a la persona mayor “el ejercicio del derecho a la propiedad, incluida la libre disposición de sus bienes” por cuanto de su nivel de efectividad no sólo muchas veces pende su seguridad económica sino que también las posibilidades de participar activamente en la esfera social en que su vida se desenvuelve. Sin embargo, como hemos acotado, igualmente resulta indispensable que el despliegue de este derecho no involucre, muchas veces por razones de urgente necesidad, desprenderse de aquellos bienes que en la práctica resuelven necesidades que también son inmediatas y del más alto valor en su calidad de vida como puede llegar a serlo aquel bien inmueble que le sirve de residencia. Por este motivo la compraventa de la nuda propiedad, cuyo objeto es definido por el art. 582 de nuestro CC como “la propiedad separada del goce de la cosa”, aparece como una figura interesante pues por su intermedio la persona mayor se coloca en pie de obtener, en la medida que lo requiera, ingentes ingresos líquidos provenientes de la venta del inmueble, que se transfiere, al mismo tiempo de extender para sí y hasta el final de sus días su uso y goce que, en dichos términos, se conservan.

La regulación del usufructo al que nos referimos, como contra partida de la nuda propiedad, se contiene en el título IX del Libro II de nuestro CC, específicamente desde el art. 764 al art. 810, siendo definido por el primero de estos como aquel “derecho real que consiste en la facultad de gozar de una cosa con cargo de conservar su forma y substancia, y de restituirla a su dueño (...)”. En consecuencia, como aclara expresamente el art. 765 del CC “el usufructo supone necesariamente la existencia de dos derechos; el del nudo propietario y el del usufructuario” que en este caso pasaría a ser la persona mayor, ya no como propietario del inmueble, pues este derecho pasaría a corresponderle al adquirente nudo propietario, sino como usufructuario. En este sentido el art. 583 del CC cuando establece que “sobre las cosas

incorporales hay también una especie de propiedad. Así, el usufructuario tiene la propiedad de su derecho de usufructo”.

Nuestro ordenamiento no lo menciona expresamente, pero no existe problema alguno para constituir un usufructo sobre bien inmueble sino la salvedad de otorgarse mediante la solemnidad de escritura pública inscrita⁹⁹ (art. 767 del CC); de esta suerte, con la celebración de esta compraventa la persona mayor pasará de ser propietaria a usufructuaria del bien inmueble pues pese a conservar las facultades de uso y goce, con la compraventa se reconocería a un tercero como el nuevo dueño. Sin embargo, a su favor adquirirá la calidad de dueño respecto del derecho real de usufructo inmueble y por tanto para su seguridad quedaría premunido de la acción reivindicatoria (art. 891 del CC) y de las posesorias que correspondan (art. 916 del CC). Además, debe destacarse que el usufructo será oponible a los eventuales acreedores que puedan derivar de una hipoteca constituida por el nudo propietario con posterioridad a la compraventa pues como establece el art. 2416 del CC “el que sólo tiene sobre la cosa que se hipoteca, un derecho eventual, limitado o rescindible, no se entiende hipotecarla sino con las condiciones y limitaciones a que está sujeto el derecho, aunque así no lo exprese”. Por otra parte, como la intención de la persona mayor será la de conservar efectivamente para su habitación el inmueble por el resto de su vida, deberá establecerse en la escritura respectiva que se trata de un usufructo vitalicio sin perjuicio que la ley salve su omisión estableciendo que “cuando en la constitución del usufructo no se fija tiempo alguno

⁹⁹“El rol de la inscripción ha sido discutido. Se ha sostenido que cumple el doble rol de solemnidad del acto constitutivo y de tradición del derecho real de usufructo; en contra, que sólo desempeña esta última función, quedando perfecto el acto constitutivo con el solo otorgamiento del instrumento público (agregándose que ni siquiera hay un plazo para proceder a tal inscripción). La decisión tiene importancia pues si se entiende perfeccionado el usufructo con el solo instrumento público habrá nacido desde entonces al usufructuario el derecho personal de exigir el cumplimiento del acto y, concretamente el derecho a que se le efectúe la tradición del derecho real; si se entiende que la inscripción es solemnidad del acto, no tendría tal derecho, pues justamente con la inscripción recién estaría perfeccionado el título; en la práctica, la discusión puede suscitarse cuando la inscripción no se ha efectuado o la efectuada es nula, y hay dificultad (entre otras, la negativa del tradente) para practicarla o enmendarla.

Pero hay otro planteamiento que compartimos. Cómo se recordará (supra Nº 219, nota) que, rechazándose la idea de transferencia por desprendimiento de facultades, se insiste en que al crearse el derecho real se está en presencia de una “constitución”, en este caso, del usufructo (no de su transferencia, que tiene lugar cuando después de constituido el usufructuario lo traslada a otro). Por tanto, aquí no hay tradición. Versando el usufructo sobre un inmueble, la norma exige inscripción; esta inscripción es exigida en función constitutiva, no en función traslativa (tradición) (se admite que el Código supone tradición y el Mensaje lo dice directamente, pero es considerado error; en cambio el Reglamento del Registro distingue entre constitución y tradición en el art. 52 números 1 y 2)”. PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel. Op.Cit., p.204.

para su duración, se entenderá constituido por toda la vida del usufructuario” (art. 770 del CC).

Como usualmente en esta materia se habla de un solo usufructuario, cabe la duda respecto de cuál sería la suerte del cónyuge o conviviente civil del usufructuario en caso de que este fallezca, pues como se sabe el usufructo es intrasmisible (art. 773 del CC), su constitución de forma simultánea o alternativa es prohibida (art. 769 del CC) y en caso de cederse igualmente se resolverá con la muerte del cedente (art. 794 del CC) al ser una causal de término del mismo (art. 806 del CC). Este punto reviste la mayor de las importancias, pues como hemos mencionado una de las utilidades que esta institución puede entregar a las personas mayores es la de conservar el uso y goce de un inmueble que perfectamente podría servir de vivienda para un matrimonio o convivencia civil de personas mayores. La ley en este caso nos entrega una respuesta satisfactoria al establecer de forma expresa que “el usufructo puede constituirse a favor de dos o más personas, que lo tengan simultáneamente, por igual, o según las cuotas determinadas por el constituyente (...)” (art. 772 del CC). Complementa a ello “el que siendo dos o más los usufructuarios, habrá entre ellos derecho de acrecer, y durará la totalidad del usufructo hasta la expiración del derecho del último de los usufructuarios. Lo cual se entiende, si el constituyente no hubiere dispuesto que terminado el usufructo parcial se consolide con la propiedad” (art. 780 del CC). Por lo tanto, actualmente, llegados al caso de celebrarse la compraventa, es fundamental que la persona mayor propietaria deje estipulado de forma expresa e indubitativa en la escritura respectiva, que el derecho de usufructo se constituye tanto en su favor como el de su cónyuge o conviviente civil, si es ese verdaderamente su ánimo pues de otro modo, en caso de morir, el usufructo se extinguiría inobjetablemente y a su cónyuge o conviviente civil sobreviviente no le quedaría más remedio que hacer abandono del inmueble. Por esta razón no debiese descartarse el establecimiento civil de una presunción legal al respecto por la que en caso de, tratarse de una persona mayor, el usufructo se entienda constituido en su favor y el de su cónyuge o conviviente civil, si la propiedad en cuestión constituyera su única residencia y nada en contrario se hubiese estipulado en el contrato.

Finalmente, debemos destacar que, aun cuando la persona mayor tenga por único interés el percibir un precio sobre el inmueble, sin tener que hacer abandono de la vivienda, nada impedirá que se beneficie adicionalmente de la facultad de goce que conserva y, en consecuencia, adquiera en ejercicio de su administración (art. 777 del CC) los frutos naturales o civiles que fueren a devengarse mientras el usufructo subsista. De ahí que bien podría considerar arrendar el inmueble; ceder, esta vez como propietario, a cambio de un nuevo precio el usufructo de que es poseedor, e incluso hipotecarlo en caso de desear obtener un crédito con que solventar un proyecto otrora postergado. En este sentido el art. 793 del CC que establece “el usufructuario puede dar en arriendo el usufructo y cederlo a quien quiera a título oneroso o gratuito”, lo cual habrá de entenderse sin perjuicio de estipulación en contrario y de que aún en el caso de arrendar el inmueble o ceder el usufructo continúe siendo directamente responsable frente al propietario. En el primero de estos casos, resulta lógico puesto que el arrendamiento constituiría un segundo contrato distinto a aquel en que el propietario y el usufructuario son invariablemente las únicas partes. En el segundo, porque de forma excepcional en relación a los efectos de la cesión el propio art. 793 del CC lo establece “cedido el usufructo a un tercero, el cedente permanece siempre directamente responsable al propietario”.

De este modo, si llevamos esta facultad a la realidad cotidiana de la persona mayor, bien podría ocurrir que un matrimonio o convivencia civil de personas mayores se encuentre habitando una gran vivienda que otrora útil a lo que fue su numerosa familia, hoy les resulte simplemente excesiva. Los gastos de mantenimiento y suministro, las contribuciones que siguen a su cargo en virtud del art. 796 del CC ¹⁰⁰ e incluso la sola sensación de vacío que

¹⁰⁰ Al respecto cabe matizar los beneficios contributivos que pudiera reportarle el arrendamiento del inmueble o la cesión de su usufructo sobre el mismo, pues como señala el art. 25 de la Ley N° 17.235 en relación de los obligados a pagar el impuesto: “El impuesto a los bienes raíces será pagado por el dueño o por el ocupante de la propiedad, ya sea éste usufructuario, arrendatario o mero tenedor, sin perjuicio de la responsabilidad que afecte al propietario. No obstante, los usufructuarios, arrendatarios y, en general, los que ocupen una propiedad en virtud de un acto o contrato que no importe transferencia de dominio, no estarán obligados a pagar el impuesto devengado con anterioridad al acto o contrato.

Efectuado el pago por el arrendatario, éste quedará autorizado para deducir la suma respectiva de los cánones de arrendamiento”.

En definitiva, considerando que por ley el arrendatario se encuentra expresamente autorizado a deducir de la renta el pago que hubiere efectuado en concepto contribuciones, el beneficio que en dichos términos se reportarían en el arrendador serían en la práctica nulos; el caso de la cesión en distinto, sin embargo, nada nos impide pensar que cualquier cesionario medianamente diligente tendría a consideración este factor a la hora de

pueda generarle una vivienda en dichas condiciones, podrían parecerles motivos suficientes como para optar con el precio recibido de la compraventa a una vivienda más económica y acorde a sus necesidades reales, al mismo tiempo de crear una nueva fuente de ingresos con que complementar las ya existentes.

Con todo, debe aclararse que aun cuando las ventajas de este contrato sean patentes, subsisten ciertos desincentivos en torno a su ejecución que debemos dejar presentes. El primero de ellos dice relación con el contenido de su conmutatividad. En efecto, si las utilidades en el caso del usufructuario van más allá de la mera conservación del uso y el goce del inmueble, lo mismo ha de ocurrir respecto del nudo propietario a quien el contrato no sólo le reportará la utilidad de adquirir al fin y al cabo la propiedad de un inmueble, sino que hacerlo a un precio notoriamente menor a su tasación comercial.

En Chile no existe una regulación sobre este respecto, sin embargo, en la práctica se ha tendido a aplicar la escala que dispone art. 6 N° 3 de la Ley N° 16.271 sobre impuesto a la herencia, asignaciones y donaciones, en relación a la fracción de la donación sujeta a impuesto cuando esta fuera gravada con un usufructo vitalicio. En efecto, esta importante norma establece que “cuando el gravamen con que se defiera una asignación o se haga una donación consista en un usufructo en favor de un tercero o del donante, se deducirá del acervo sujeto al pago del impuesto;

(...) 3°.- Si el usufructo es vitalicio, la fracción de la cosa fructuaria que resulte de aplicar la siguiente escala, según sea la edad del beneficiario:

Edad del beneficiario	Fracción de la cosa
Menos de 30 años	9/10
Menos de 40 años	8/10
Menos de 50 años	7/10

negociar un precio sobre la cesión, de modo que indirectamente la expectativa de lo que ha de recibir el cedente de igual forma se vería reducido. Con todo, como estamos en el plano de las hipótesis, bien podría ocurrir que el inmueble que conserva bajo usufructo no sea beneficiario de la Ley N° 20.732, y por tanto considere la posibilidad de adquirir o arrendar una vivienda que sí lo haga y de ese modo, en el global, le resulte económicamente ventajoso arrendar o ceder la vivienda que posee en usufructo.

Menos de 60 años	5/10
Menos de 70 años	4/10
Más de 70 años	2/10

En realidad, la tabla resulta razonable en la medida que representa una proporción por la que, a mayor edad del usufructuario, menor valor tendrá el usufructo y mayor la nuda propiedad. Estos valores además resultan coincidentes con una fórmula bastante sencilla empleada en España en donde para calcular el precio de la nuda propiedad se obtiene primeramente el correspondiente del usufructo del siguiente modo:

$$\text{Valor Usufructo} = \text{Valor total} \times \text{Factor}/100$$

Donde el Valor Total corresponderá al valor comercial del inmueble y el Factor a la expectativa de vida del usufructuario menos su edad actual partido 100, siendo el tope mínimo 0,1 y el máximo 0,7 o lo que es lo mismo, tal como expresa la tabla entre el 10% y el 70%. Tras ello, para obtenerse el valor de la propiedad nuda, se restará al valor comercial el valor del usufructo;

$$\text{Valor propiedad nuda} = \text{Valor comercial} - \text{Valor usufructo}$$

Supongamos de esta manera que una pareja de personas mayores de 70 años, se propone vender la nuda propiedad de su vivienda tasada comercialmente en 100 millones de pesos. Como podrá verse, los resultados se expresarán de forma idéntica a la tabla utilizada por el Servicio de Impuestos Internos, si tenemos a consideración que la mejor expectativa de vida a utilizar en el cálculo (de la mujer), por representar la máxima extensión probable del usufructo, asciende a los 90 años;

$$\text{Valor usufructo} = 100.000.00 \times 90 - 70 / 100 = 20.000.000; \text{ Valor propiedad nuda} = 100.000.00 - 20.000.000 = 80.000.000$$

Con todo, hay que enfatizar que lo hasta aquí mencionado en relación al valor de la nuda propiedad corresponde a lo que se ha recomendado en la práctica y no a lo que se ha definido por nuestro ordenamiento por lo que, de momento, la definición del precio de la nuda propiedad quedará a merced de la amplia libertad configurativa de las partes ya existente en

materia de compraventa. Sin embargo, como se trata de un contrato a priori beneficioso al propietario del inmueble que se vende, resultará lógico que, en el afán de atraer compradores, el mercado tienda a reducir fuertemente su precio; sobre ello consideramos que sería adecuado que a futuro se regulase esta materia particularmente en relación a las personas mayores, de forma que al valor asignado a la propiedad nuda le sea expresamente aplicable las reglas de la lesión enorme. Se trata de una solución que además de coincidir con las proporciones de la tabla empleada por el Servicio de Impuestos Internos y la práctica comercial, no debiese obstaculizar la libre iniciativa contractual de las partes puesto que como se sabe la lesión enorme, como institución, no impide que los contratos existan y lo hagan válidamente sino apenas establece su anulabilidad, saneable incluso por el mero transcurso del tiempo en relación a la fecha de celebración del contrato¹⁰¹. Esto, sin perjuicio de lo referido por

¹⁰¹ Con todo, debemos dejar presente que la extensión e incluso la sola existencia de la institución de la lesión enorme ha sido objeto de gran debate tanto dentro como fuera de nuestro país. Así en España no se aplica sino de forma excepcional en la compraventa de los bienes inmuebles del pupilo y los ausentes; en Francia e Italia su aplicación se restringe en sólo beneficio del vendedor y tanto en Alemania como Holanda sencillamente no se contempla dentro de sus ordenamientos. A esta postura adhiere por ejemplo ALESSANDRI ROGRIGUEZ, para quien la lesión enorme debiese excluirse de nuestro ordenamiento nacional por dos órdenes de ideas. La primera de ellas radica en el perjuicio que se produce al interés general en tanto que destruye contratos que son válidamente celebrados, fomenta pleitos y mantiene en suspenso la estabilización del dominio. La segunda, en la ausencia de bases jurídicas. Se protege a quien contrata de forma consciente y con plena capacidad de administrar sus bienes, de modo que aun cuando las partes se encuentren en igualdad de condiciones, se hace sufrir las consecuencias de la negligencia al contratante diligente, en circunstancias que en el derecho nadie puede sufrir por culpa ajena. Por estas razones, para el autor el fundamento de la institución no se encontraría en los principios de derecho sino de la equidad y las necesidades sociales. Así para los defensores de la institución, se supone que el vendedor no habría aceptado el injusto precio si no fuera porque estaba apremiado por la necesidad de evitar un mal mayor, de modo que con la sanción de una lesión enorme el legislador evitaría que de tan triste situación el comprador obtuviese provecho. De tal razonamiento expone el autor, se sanciona finalmente una coacción que no proviene precisamente de la contraparte sino de las condiciones que experimenta el vendedor. No se trataría por lo tanto de “una coacción o violencia en el sentido jurídico de esta palabra, la que sufre el contratante lesionado; no es un error en el precio que recibe o que paga; no es la consecuencia de un engaño, sino la necesidad de procurarse el dinero o la cosa lo que lo obliga a aceptar un negocio perjudicial para sus intereses. Son, pues, razones de interés práctico, de interés social y no de carácter jurídico las que han dado origen a esta institución y pretender encontrar en el derecho lo que arranca de una necesidad de hecho es buscar un imposible. He ahí el grave error de Portalis, Tronchet y otros”. ALESSANDRI RODRIGUEZ, Arturo. De la compraventa y la promesa de venta. Santiago. Editorial Jurídica de Chile, Tomo II, Vol. 2, 2011, p. 744.

Sin embargo, algunos autores como LÓPEZ DÍAZ afirman que contrario a lo que se ha llegado a postular, el fundamento de la lesión enorme no es en nada ajeno al derecho ni se encuentra en la equidad ni en la buena fe, sino más justamente en el equilibrio prestacional que, pese a no ser reconocido ni formulado mayormente por la doctrina nacional como un principio contractual (A excepción; cfr. PIZARRO (2011a), pp. 7-11.) cuenta como tal con expresas referencias de nuestra jurisprudencia, no solo en sede de consumo sino, también, en sede civil (En tal sentido destacan, entre otros, el considerando segundo de la sentencia pronunciada por la Corte Suprema en Caterpillar Leasing Chile S.A. con Empresa de Movimiento, Tierra, Transporte, Excavaciones y Construcciones Ltda. (2008), el considerando cuarto de la sentencia pronunciada por la Corte de Apelaciones de Santiago en Vargas Llaguno con San Martín (2010) y los considerandos noveno y décimo de la sentencia

MOISSET DE ESPANÉS en sentido que aun cuando la nuda propiedad posea un valor incierto por cuanto no se sabe cuánto durará el usufructo y cuando recuperará la plena propiedad el comprador, si de los hechos resulta que aun colocándose en el mejor de los casos el beneficio que recibirá el vendedor será inferior a la mitad del justo precio, la imposibilidad de una ganancia patrimonial es evidente como lo sería la pérdida para el comprador, por lo que, frente al silencio del legislador, la acción rescisoria debiese tenerse como procedente¹⁰².

Finalmente, un segundo desincentivo a la ejecución de este contrato, tal como ocurre en España, viene dado por el fuerte arraigo a la herencia. Esto se explica, al menos, por dos especies de razones fuertemente relacionadas. La primera de ellas dice relación con que tanto en Chile como en España y a diferencia de otros países como Francia, Italia, Inglaterra o Alemania, la propiedad inmueble continúa siendo, si bien no la única, la principal fuente patrimonial de las personas mayores, lo cual facilita en el orden de la psicología la pertenencia afectiva a lo que no sólo fue producto del trabajo personal, sino que el lugar del desarrollo familiar. Pero también posee una explicación de orden sociológico relativo al desarrollo generacional de la familia que resulta difícilmente mudable. Tanto en Chile como en España, pese a no comprenderse dentro de los deberes familiares, pareciera asumirse como una obligación moral el contribuir materialmente a la descendencia, incluso después la muerte de forma que la herencia se transforma en una especie de memoria material de quien fallece.

pronunciada por la Corte Suprema en Banco de Chile con Espinosa Vargas (2011)). En esta línea, postula que la equidad y la buena fe contractual más que el fundamento de la lesión enorme, constituirían los medios con que se alcanza el equilibrio prestacional, de la que la lesión enorme es evidente expresión: “El equilibrio contractual originario, inicial o congénito es aquel que debe existir al momento de formación del consentimiento y que puede destruirse en aquellos supuestos en que una parte acepta las condiciones inicuas que la otra le impone, aprovechándose del estado de necesidad, apremio económico, dependencia, ignorancia, inexperiencia, debilidad mental o desigualdad de poder de negociación en que se encuentra la primera para obtener una ventaja patrimonial desproporcionada e injustificada. Precisamente para garantizar tal equilibrio, el legislador nacional contempló la lesión enorme como una causal de nulidad o rescisión a propósito de la compraventa y permuta de bienes inmuebles, partición de bienes y aceptación de una asignación hereditaria, cuando se produce la desproporción matemática o aritmética que indican, en cada uno de estos casos los arts. 1889, 1900, 1348 y 1234 del Código Civil”. LÓPEZ DÍAZ, Patricia. El principio de equilibrio contractual en el Código Civil Chileno y su particular importancia como fundamento de algunas instituciones del moderno derecho de las obligaciones en la dogmática nacional. Santiago. Revista Chilena de Derecho Privado, N° 25, 2015, p. 133. Disponible en: <https://scielo.conicyt.cl/pdf/rchdp/n25/art04.pdf>.

¹⁰² MOISSET DE ESPANÉS, Luis. La Lesión. Legislación de América del Sur. Madrid. Anuario de Derecho Civil, Tomo XXIX, 1996. p. 115.

En definitiva, creemos que la compraventa de la nuda propiedad representa, en el ejercicio del derecho de propiedad, una alternativa segura y altamente beneficiosa a los intereses de la persona mayor cuya promoción flexibilizaría el estatuto de propiedad sin la necesidad de incursionar en instituciones innovativas como lo es la hipoteca inversa o revertida, de la que algunos estudios como el efectuado por CIEDESS¹⁰³ se han hecho cargo sin lograr éxito a nivel legislativo. Fuera de los dogmatismos culturales, la transferencia del dominio de su inmueble gravado por la constitución de un usufructo en beneficio de él y su cónyuge o conviviente civil, contribuiría efectiva e inmediatamente a elevar sus condiciones de vida sin tener que renunciar en vida, necesariamente, a aquello por lo que ha trabajado y en lo que ha compartido sus experiencias familiares por lo que cualquier medida destinada a fomentar su empleo mediante su conocimiento y una justa regulación del precio, debiese ser tenido a buena consideración en la medida que fortalece su seguridad económica y salvaguarda la seguridad en la tenencia de su vivienda, objetivos ambos trazados por la CIDHPM.

4.7. El contrato de arrendamiento

Hasta aquí la discusión en torno al ejercicio del derecho de propiedad y el provecho que pueda obtener de él su titular se ha restringido al ejercicio de la facultad de disposición. Sin embargo, a la persona mayor le asiste la posibilidad de obtener tal provecho, no sólo por vía del desprendimiento material y jurídico de su bien inmueble, sino que por otras menos invasivas en relación a la siempre deseable conservación de las facultades propietarias que se posee sobre el mismo. Destacan en dicho sentido, de uso cada vez más intenso¹⁰⁴, el contrato de arrendamiento definido en el art. 1915 de nuestro CC como aquel “contrato en que las dos partes se obligan recíprocamente, la una a conceder el goce de una cosa, o a ejecutar una obra

¹⁰³ CIEDESS. Hipoteca revertida. Santiago. Estudio CIEDESS, 2012. Disponible en: https://www.ciedess.cl/601/articles-556_archivo_01.pdf

¹⁰⁴ El aumento sostenido del costo de las viviendas experimentado en las últimas décadas, ha devenido en que cada vez más gente opte por arrendar una vivienda, aumentando la demanda del mercado. Según datos tomados de la Encuesta Casen 2017, el total de arrendatarios ha crecido sostenidamente desde 2006, llegando a que en 2017 un 22% de los hogares arrienda, lo que representa a 1.270.483 hogares. En ese sentido, han aumentado los arriendos, con y sin contrato escrito. Los arriendos con contrato llegan a 862.565 hogares (14,9%) y los que no tienen contrato llegan a 407.918 (7%). MDSF, Gobierno de Chile. Resultados Encuesta CASEN 2017: Resultados Vivienda, Distribución de los hogares según situación de tenencia de la vivienda. Disponible en: http://observatorio.ministeriodesarrollosocial.gob.cl/storage/docs/casen/2017/Resultados_vivienda_casen_2017.pdf.

o prestar un servicio, y la otra a pagar por este goce, obra o servicio un precio determinado” el cual, ofrece un escenario particularmente relevante desde el punto de vista del derecho de propiedad pues, por una parte, dentro de un abanico de posibilidades nuestro ordenamiento reconoce al propietario la facultad de limitar su derecho de propiedad mediante el desprendimiento temporal de su goce con el objeto de obtener una utilidad representada en una contra prestación que, usualmente en los términos del art. 1944 del CC, adquiere la forma de un renta periódica a percibir. Sin embargo, fuera del cumplimiento voluntario en relación a las prestaciones debidas a partir del contrato de arrendamiento, bien podría verificarse alguna de las hipótesis planteadas por los arts. 1977 y 1947 del CC, esto es, que por su parte el arrendatario conservando el goce del inmueble no pague o deje de pagar las rentas acordadas y por tanto la causa que legitimaba el contrato deje de existir, o bien, que al margen de las cláusulas contenidas en él y del excepcional caso del art. 1937 del CC, por el que se le reconoce al arrendatario el derecho a retener el inmueble, el arrendatario decida unilateral y arbitrariamente no restituirlo expirado el plazo acordado para su goce. Frente a cualquiera de estas circunstancias, sea que se persiga la restitución del inmueble mediante la terminación del contrato por no pago de rentas o por la simple expiración del plazo estipulado, el arrendador deberá promover un juicio especial de arrendamiento que en lo fundamental se encuentra regulado por la Ley N° 18.101 que fija las normas especiales sobre arrendamiento de predios urbanos. Las vías de hecho tendientes a recuperar el inmueble, por muy justas que puedan parecerle a quien ya sin causa se vea privado del goce de su propiedad, se califican por nuestro ordenamiento como delito (realización arbitraria del propio derecho o violación de morada según sea el caso – arts. 494 N° 20 y 144 del CP) por lo que cualquiera acción de esta naturaleza no sólo puede resultar frustrada, sino que incluso ser objeto de sanción. Desde luego, nada de esto importaría si el procedimiento judicial que promueva, como es procedente, mediante una acción de restitución fuera, tal como se concibió, efectivamente rápido y eficaz. El problema es que en la práctica no lo es del todo, de modo que, para llegar a la etapa de lanzamiento del arrendatario, el dueño del inmueble deberá transitar un costoso y extenuante juicio, que en ocasiones puede llegar a superar el año, durante el cual se le seguirá privando del inmueble.

Esta situación a lo menos inquietante y que sin mayor examen parece injusta para el propietario arrendador, quien además perfectamente podría ser una persona mayor, fue recogida por el actual poder ejecutivo mediante la presentación de un mensaje modificatorio de la Ley N° 18.101 sobre arrendamiento de predios urbanos (Boletín N° 12.797-07) con el objeto de establecer un mayor equilibrio en la relación arrendador arrendatario que evite aquellos casos en los cuales son los arrendadores quienes deben padecer una serie de dificultades. Como la iniciativa identifica que el grueso de los problemas se sucede en el orden procesal, propone modificar en una serie de aspectos el procedimiento ya contemplado en el art. 8 de la citada ley, junto a otros de orden sustantivo. De este conjunto, consideramos necesario abordar tan sólo dos materias por su importancia práctica en la vida jurídica de la persona mayor:

4.7.1 Prohibición del subarriendo, salvo expresa autorización del propietario arrendador

La iniciativa ejecutiva propone reemplazar el actual art. 5 de la Ley N° 18.101 por el que sigue: “En los contratos de arrendamiento de inmuebles destinados a la habitación con plazo fijo superior a un año, se entenderá siempre prohibida la facultad del arrendatario de subarrendar, salvo estipulación en contrario”. De este modo pareciera ser que lo que se pretende hacer es replicar lo ya establecido por el art. 1946 del CC¹⁰⁵ el cual declara que “El arrendatario no tiene la facultad de ceder el arriendo ni de subarrendar, a menos que se le haya expresamente concedido; pero en este caso no podrá el cesionario o subarrendatario usar o gozar de la cosa en otros términos que los estipulados con el arrendatario directo” aunque de forma restrictiva a los contratos de plazo fijo superior a un año. Sin embargo, como se trata de una disposición especial lo que cabría añadir es que, a contra sensu y en oposición a lo dispuesto en el CC, en los demás contratos de plazo fijo a un año, inferior o inclusive uno indefinido la regla es la opuesta con la salvedad que, en lo sucesivo, de prohibirse el subarrendamiento, el arrendatario ya no “podrá poner término anticipado al contrato sin la obligación de pagar la renta por el periodo que falte” como le faculta hasta ahora la segunda de las normas contenidas en la actual disposición. Señalemos que el fundamento de esta

¹⁰⁵ En igual sentido el art. 1973 CC al establecer que “el arrendador tendrá derecho para expeler al inquilino que, teniendo facultad de subarrendar, subarriende a personas de notoria mala conducta”.

modificación se encuentra en los efectos dilatorios que produce la dificultad por notificar la demanda civil de termino y/o restitución tanto al arrendatario como subarrendatario por lo que con ese espíritu tal vez lo más conveniente sería simplemente derogar el artículo 5 y de este modo, retomando en su extensión la vigencia del art. 1946 del CC, invertir la actual regla con respecto de todo contrato de arrendamiento. Obsérvese que la libertad configurativa de las partes quedaría a salvo por lo que bien podría acontecer que de todas formas el subarrendamiento se autorice en aquellos casos en que la naturaleza del negocio lo demande. Piénsese en el caso de un inmueble con tres viviendas menores o una grande con muchas habitaciones ideales para trabajadores o universitarios cuya administración parece muy demandante para un matrimonio de adultos mayores.

Finalmente, debemos destacar que la utilidad de esta modificación excede la mera economía procesal como se apunta desde el proyecto, pues a falta de debida asesoría las personas, sobre todo las personas mayores, tienden a creer erróneamente que la regla en la materia es efectivamente la de que no es posible subarrendar aquel inmueble cuyo goce ceden a una persona determinada y por ellos identificable, de modo que su inversión no sería sino doblemente positiva.

4.7.2 Facultad del tribunal para decretar el lanzamiento provisional del arrendatario cuando existan antecedentes que acrediten la seriedad de la pretensión y los perjuicios derivados del no pago de la renta

Como resulta natural y sin perjuicio de la persecución sobre eventuales rentas impagas, cuando un arrendador promueve el procedimiento de restitución del inmueble, espera que esto se verifique con la mayor celeridad posible. Finalmente, lo que motiva al arrendador en esta instancia, sobre todo tratándose de una persona mayor, no es tanto la seguridad en la tenencia del inmueble, sino que de la privación de su goce se deriva la pérdida de una posibilidad cierta de obtener mayores ingresos con que lidiar las necesidades de su día a día. Para ello, sin embargo y de ordinario el procedimiento debe seguir su curso, el arrendatario ser notificado, verificarse la audiencia respectiva, obtenerse una sentencia condenatoria que fije una fecha de restitución y aguardar que, voluntariamente, dicha restitución se produzca. De no ser el caso, previa notificación solicitar su lanzamiento que, de presentar oposición, como

desafortunadamente suele ocurrir, exigirá requerir nuevamente al tribunal, esta vez para que dicho lanzamiento sea auxiliado por la fuerza pública. Es decir, se trata de un procedimiento que, aun siendo sumario, supondrá al arrendador varios meses sin goce del inmueble y por tanto sin ingresos complementarios. El legislador ha tomado nota de esta circunstancia y para evitar dicho perjuicio ha propuesto facultar al tribunal la dictación de una medida de tutela anticipativa consistente en la restitución provisional (llamada erróneamente en el proyecto de ley lanzamiento provisional) cuando, habiéndose solicitado por el arrendador, se acompañen antecedentes que acrediten la seriedad de la pretensión y los perjuicios derivados del no pago de la renta.

Lo primero que debemos destacar es que tras esta medida se expresa una crítica, bien fundada digámoslo, a los eventuales perjuicios que puede producir bajo ciertas circunstancias relativas al actor o al objeto que se pide, y con respecto de ciertos derechos, la natural demora en el pronunciamiento de una sentencia declarativa. Frente a este escenario, nuestro legislador ha adoptado distintas fórmulas que aborden la problemática de la demora en el pronunciamiento de una sentencia. La restitución provisional planteada en esta ocasión por los legisladores, pareciera comprenderse dentro de aquella denominada fórmula de tutela anticipada que definida por ROMERO se dice ser “una corriente procesal que ha ido adquiriendo gran fuerza en el derecho comparado, bajo distintas denominaciones: tutela preventiva, tutela anticipada, tutela de urgencia, etc. En su descripción más elemental, dice relación con ciertas hipótesis en las que, por mandato legal, frente a casos graves y urgentes, se permite anticipar la condena del deudor, sin tener el solicitante que aguardar la tramitación de un juicio de lato conocimiento. La tutela jurisdiccional de urgencia permite la adopción inmediata de medidas que restablezcan el imperio del derecho, sin perjuicio de ulterior revisión”¹⁰⁶.

Dicho esto, debemos agregar que nuestro ordenamiento contempla a propósito de distintas materias casos en que, de forma excepcional como ya está dicho, se conceden al actor medidas que posibiliten la satisfacción anticipada de la pretensión. Cítese como ejemplo la

¹⁰⁶ ROMERO SEGUEL, Alejandro. La tutela cautelar en el proceso civil chileno. Santiago. Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo XCVIII, N° 2, 2001, p. 38. Disponible en: <https://doctrina.vlex.cl/vid/tutela-cautelar-proceso-civil-chileno-226607809>

ejecución provisional de la sentencia (arts. 194, 475, 512 y 773 del CPC); alimentos provisionales (art. 327 del CC); orden de pago de cantidad no disputada (art. 1592 del CC); utilización anticipada de servidumbre (art. 123 del Código de Minería) y las denominadas medidas cautelares anticipatorias que tienen lugar en el contexto del recurso de protección o las acciones de violencia intrafamiliar cuando el derecho invocado es la vida, la honra o la integridad psíquica o física. Por tanto, debemos decir que la propuesta presentada en esta oportunidad por los legisladores no resulta extraña a nuestro ordenamiento. Es más, la actual regulación del arrendamiento ya expresa con claridad una manifestación de la tutela anticipada cuando el art. 6 de la Ley N° 18.101 establece que “si el arrendatario abandonare el inmueble sin restituirlo al arrendador, éste podrá solicitar al juez de letras competente que se lo entregue, sin forma de juicio, con la sola certificación del abandono por un ministro de fe. Dicho funcionario levantará acta del estado en que se encuentre el bien raíz al momento de su entrega al arrendador y remitirá copia de ella al tribunal”. Esto se explica porque, de acceder el juez de letras, no se dictará sin más trámite la sentencia definitiva que debe tener lugar con el inicio del procedimiento sumario, sino que tan sólo se dará lugar a una medida de urgencia con la que concretamente anticipar la restitución sin perjuicio de la posterior sentencia que le ratifique o revoque.

Ya en lo particular de la medida propuesta, destaca que sólo se plantee su procedencia en el caso de la restitución que tiene por fundamento el no pago de las rentas adeudadas y no se considere el caso en que el arrendatario simplemente se abstenga de restituir el inmueble al término del plazo contemplado en el contrato, lo cual resulta inentendible por las mayores facilidades probatorias que se producen en este último caso. En segundo término, llama la atención que la medida sólo sea procedente a solicitud de parte lo cual puede entenderse a partir de su carácter excepcional no lo es desde su misión de impartir justicia. De este modo, tal como se encontraría facultado para suspenderla, por iguales razones debería encontrarse facultado para decretarla ante la omisión del demandante si de los antecedentes presentados se hiciera evidente que se está frente a un caso grave y calificado como evidentemente podría ocurrir en los casos en que los arrendadores son personas mayores respecto de las cuales la renta percibida por concepto de arrendamiento de un bien inmueble, constituye parte importante de sus ingresos.

VÍA DE SOLUCIÓN

A lo largo del presente trabajo, hemos manifestado de distintas maneras que en nuestro criterio la respuesta más adecuada en orden a dar cumplimiento a la CIDHPM, esto es en orden a dotarla de plena eficacia, es la de adecuar nuestro ordenamiento interno por sobre la respuesta del denominado bloque constitucional; esto es que, asumido que los tratados internacionales de derechos humanos se incorporan a nuestra Constitución por remisión del art. 5 inciso segundo de la CPR, la Convención goza de jerarquía constitucional y en consecuencia de eficacia inmediata. Sostenemos esta posición en primer lugar porque, pese a que a partir de ese razonamiento la Convención debe considerarse dotada de jerarquía constitucional y que en este sentido las garantías del llamado bloque constitucional no constituyen meras reglas programáticas, sí hay que decir que suelen consagrarse de forma general y declarativa, es decir no se caracterizan por ser normas precisas, rodeadas de supuestos, requisitos y demás elementos que faciliten su aplicación como ocurre con el derecho común. Con mayor razón si se incorporan vía convencional, como es el caso, considerando que muchas veces las realidades de los países suscribientes distan bastante de ser homogéneas. En segundo lugar, porque si se persevera en esta idea, nos enfrentaríamos al problema de que en cualquier caso los tribunales se encontrarían vinculados a la consideración de estos derechos fundamentales, y de ese modo colocados en la incómoda posición de ejercer una labor creativa a la que nuestra tradición jurídica no está acostumbrada ni en sus usos ni en su enseñanza. En efecto, desde siempre y hasta el día de hoy, se ha enseñado en el derecho de tradición romanista que el juez es el encargado de aplicar la ley y la jurisprudencia jamás constituye fuente general de derecho en función de la relatividad de las sentencias. Pero en este caso, lo que resuelva un tribunal en relación al cuándo y cómo se vulnera una garantía, a la solución de los eventuales conflictos de garantías, y otros importantes alcances, desbordaría con mucho la relatividad del caso concreto, por la sencilla razón de que las precisiones que pueda elaborar constituirán en la práctica la única guía con que resolver a futuro y más o menos resguardar la certeza e inteligibilidad de nuestro ordenamiento.

Por otra parte, hay que dejar presente que la creación de una regla jurídica a través de la jurisprudencia es lenta. Mucho más que la que se produce por los tradicionales métodos legislativos, lo cual resulta en que mientras la regla no se decanta, la incertidumbre subsiste y,

si los jueces no tienen presente su rol creador, las soluciones dispares para casos semejantes se multiplicarán creando inseguridad, obstáculos y vallas en la práctica negocial. En dicho sentido, nuestro sistema no es el del precedente anglosajón - en el que tiende a respetarse la solución ya adoptada - y por ello, la regla sólo se decantaría con el tiempo, luego de una constancia jurisprudencial. Una vez que los tribunales hayan tomado ellos mismos conciencia de la regla que así han dictado.

Tampoco hay que dejar de lado que la falta de precisiones a nivel legislativo podría redundar en un excesivo ánimo por resolver en vía proteccional cualquier conflicto en que sea apenas plausible una hipótesis de vulneración fundamental como ya ha ocurrido con las garantías de consagradas por nuestra CPR y que en muchos casos ha supuesto el abandono de acciones civiles más idóneas.

En definitiva, como señala BARROS, el espíritu humano requiere de instituciones que den sentido regular a nuestras relaciones, de modo que también en el derecho privado las leyes, a más de anticipar la adaptación a determinadas circunstancias, tienen la importante tarea de crear certeza.¹⁰⁷ Siendo en definitiva este valor el que nos lleva a la convicción de ser las modificaciones legislativas el medio más idóneo para dar cumplimiento a la CIDHPM.

¹⁰⁷ BARROS BOURIE, Enrique. Lo público y lo privado en el Derecho. Santiago. Estudios Públicos, N° 81, 2001, p.21. Disponible en: https://www.cepchile.cl/cep/site/docs/20160303/20160303183623/rev81_barros.pdf.

CONCLUSIONES

a. En las últimas décadas, a la par con las demás sociedades occidentales, nuestro país ha vivenciado una mayor representación de las personas mayores en su composición etaria que según los resultados definitivos del Censo 2017, a dicho año alcanzaron más de 2.800.000, esto es, el 16, 2% de la población nacional¹⁰⁸. Sin embargo, lastimosamente esto no se ha logrado traducir en iguales niveles de incorporación dentro las dinámicas interpersonales que se desarrollan en la misma, como pudiera esperarse de una sociedad que considera y aprecia el valor de ello, de modo que en general puede verificarse que actualmente lo que existe es una no correspondencia entre los niveles de representación y los niveles de participación de las personas mayores dentro de nuestra sociedad.

b. Este deficiente nivel de participación evidencia una situación de discriminación multidimensional que se manifiesta en exclusiones a nivel socio cultural, económico, político e institucional, cuya única explicación se obtiene de la imagen estereotipada, como la de una persona dependiente e incapaz, que no se corresponde con su realidad si se considera que en estricto rigor dicha condición apenas alcanza el 7,1% para el caso de las personas mayores a los 60 años y el 36,2% para quienes han superado los 85 años en contexto que¹⁰⁹, la esperanza de vida en Chile para las mujeres es de 82,1 años y 77,3 años para los hombres.

c. El fenómeno de discriminación de que son objeto las personas mayores en su vejez, ha repercutido en una merma sustancial en el goce de sus derechos fundamentales. Se trata de un diagnóstico compartido por las naciones a nivel global de la que el SIDH se ha hecho cargo, innovativamente, mediante la elaboración de un tratado que a grandes rasgos pretende por intermedio de la consagración de un catálogo de derechos y lineamientos básicos traducidos en obligaciones y principios, corregir las desigualdades que se producen en las particulares circunstancias de las personas mayores.

¹⁰⁸SENAMA, Gobierno de Chile. Loc. cit. Por otro lado, respecto de las personas mayores de 65 años, según las proyecciones realizadas sobre la base del Censo 2017, al año 2019 éstas alcanzaron las 2.260.222, lo que equivale al 11,9% de la población nacional. INE. Adultos mayores en Chile: ¿Cuántos hay? ¿Dónde viven? ¿Y en qué trabajan?. Santiago. 2020. Disponible en: <https://www.ine.cl/prensa/2020/04/15/adultos-mayores-en-chile-cu%C3%A1ntos-hay-d%C3%B3nde-viven-y-en-qu%C3%A9-trabajan>.

¹⁰⁹ MINSAL, Gobierno de Chile. Loc. Cit.

d. Al tratarse Chile de uno de los Estados firmantes de la CIDHPM y en consecuencia obligarse a su cumplimiento, forzoso ha resultado hacer revisión del actual marco normativo e institucional de la persona mayor, constatándose en ello que en general nuestra legislación y las políticas públicas promovidas institucionalmente tienden a focalizarse en la normativa de familia y la resolución de las problemáticas propias del subgrupo más vulnerable de las personas mayores, lo que demuestra cierta desidia con lo que en definitiva constituye una tarea de Estado que debiese tener por principios rectores la promoción de la autonomía, independencia y protagonismo de la totalidad de las personas mayores.

d. Como ha venido reconociéndose a nivel doctrinal y jurisprudencial, el derecho de propiedad no constituye un mero derecho subjetivo axiológicamente neutro, sino que posee un valor social y económico considerable que condiciona el grado de actuación de los proyectos personales de las personas dentro de la sociedad civil como el nivel de satisfacción o auto afirmación de sus necesidades individuales. Personas que, por otra parte, no son meras abstracciones sino que son reales y materialmente desiguales. De allí que el derecho de propiedad se afirme también como un auténtico instituto, de cuya configuración dependa en definitiva su grado de desarrollo humano al posibilitar el ejercicio efectivo de sus demás derechos fundamentales.

e. En términos formales dentro de nuestro ordenamiento interno el derecho de propiedad en su haz subjetivo guarda una importante correspondencia con la consagración contenida en la CIDHPM. Así por una parte, nuestro ordenamiento interno consagra, configura y garantiza el derecho al uso, goce y libre disposición de los bienes sobre los que se es dueño, así como el acceso a la justicia y el derecho a ser indemnizado cuando se fuere despojado de dichos bienes por causas relativas a su función social (art. 24 de la CPR en relación al art. 19 N° 26; DL N° 2186; arts. 582 y siguientes del CC) o bien, a recuperarlos o a no ser perturbado o amenazado en el goce de ellos o alguna de sus funciones cuando la causa no fuere legítima (art. 20 de la CPR; arts. 348, 889, 915, 916, 925, 2195 del CC, entre otros). Sin embargo, existe una brecha importante en relación a las garantías específicas del derecho de propiedad contenidas en la CIDHPM, esto es, en cuanto a la obligación de eliminar toda práctica administrativa o financiera que discrimine a la persona mayor como en relación a la obligación de prevenir el abuso y enajenación ilegal de su propiedad. Así en el primero de

estos casos, si bien el principio de igualdad y no discriminación forma parte de las bases de la institucionalidad chilena (art. 1 de la CPR) y del catálogo de derechos constitucionales (art. 19 inciso 2 de la CPR) a lo que se añade la acción de tutela constitucional contenida en el recurso de protección (art. 20 de la CPR), y una serie de leyes ordinarias que prohíben la discriminación arbitraria en diversos ámbitos, la mayoría de ellas se refieren genéricamente a la discriminación como acto prohibido o bien, no refieren a la particular situación de la persona mayor (Ley N° 18.933 sobre Superintendencia de Instituciones de Salud Previsional, proscribida la discriminación en los afiliados de un mismo plan, al aumentar los precios de los planes de salud; Ley N° 19.069 sobre organizaciones sindicales y negociación colectiva prohíbe la discriminación indebida con el objeto de obstruir la afiliación sindical; Ley N° 19.253 sobre desarrollo indígena; Ley N° 18.600 sobre deficientes mentales; Ley N° 19.284 establece medidas para la plena integración de las personas con discapacidad; Ley N° 20.422 establece normas sobre igualdad de oportunidad e inclusión social de personas con discapacidad; Ley N° 19.779 prohíbe condicionar la contratación, mantención y promoción en el empleo de las personas en función de los resultados del examen destinado a detectar la presencia del VIH; Ley N° 19.759 que modifica el CT: prohíbe los actos de discriminación basados “en motivos de raza, color, sexo, edad, estado civil, sindicación, religión, opinión política, nacionalidad, ascendencia nacional u origen social, que tengan por objeto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación”; Ley N° 20.348 introdujo el principio de no discriminación (de género) en materia de remuneraciones, tanto en el CT como en el Estatuto Administrativo, prohibiendo cualquier discriminación arbitraria en la materia). En el segundo de los casos, en tanto, la situación es aún peor por cuanto no existe ninguna disposición, actualmente en vigencia, relativa a la prevención del abuso y enajenación ilegal de la propiedad de la persona mayor.

f. Desde su haz objetivo en tanto, esto es, desde la propiedad como instituto jurídico sobre el cual deliberadamente hemos querido centrar el análisis de esta tesis, en la comprensión de que materialmente su fundamento no es otro que el de aprovechar los bienes con objeto de servir a la satisfacción de las necesidades de su titular y con ello, a su propio desarrollo, con las únicas limitantes que puedan derivarse de su función social, los resultados que hemos obtenido bajo el enfoque de derechos humanos son variados:

1. El DL N° 2.695 con que principió nuestro análisis, constituye un medio con el que regularizar el dominio sobre la propiedad, en términos de posibilitar el acceso a ella, y cuyas estrictas condiciones se explican por su carácter expedito y el hecho de privilegiar su función económica y social por sobre, incluso, lo que pudiera constituir una inscripción de papel. Es decir, se trata de una institución cuyo principal fundamento jurídico es más bien el del derecho (de acceso) a la propiedad antes que el derecho de propiedad propiamente tal, esto es, como garantía subjetiva sin perjuicio que, al menos desde nuestra preceptiva constitucional la reserva legal en cuanto a los modos de adquirir el dominio también se comprenda dentro de la garantía del derecho de propiedad y que aun cuando no fuere el caso, tanto en ella como en la contenida en la convención el acceso a la propiedad también se garantice (art.19 N° 23 de la CPR y art. 30 N° 4° de la CIDHPM). Resuelto ello, reiteremos que las recientes modificaciones que introdujo la Ley N° 21.108 en relación al DL N° 2.695 parecen acertadas desde el punto de vista del eventual propietario cuya propiedad pretenda regularizarse por un tercero desde el momento que con ella se aumentó la publicidad del procedimiento y los plazos para oponerse al mismo. Sin embargo, el aplazamiento en la consolidación del dominio nos parece desacertado tanto en relación a la función económica de la propiedad como en la función complementaria que materializa este procedimiento, esto es la de otorgar seguridad jurídica sobre la tenencia de la vivienda, otro derecho incorporado a la Convención (art. 24 de la CIDHPM). Por otra parte, se extraña que sobre esta pequeña propiedad raíz ya consolidada no exista una mayor protección que bien podría traducirse, bajo ciertos parámetros, en un privilegio de excepción al derecho de prenda general el cual parece plenamente justificable en atención al grado de vulnerabilidad en que se suelen encontrar los solicitantes, especialmente tratándose de las personas mayores, por ser quienes presentan las menores posibilidades de revertir dicha situación.

2. Desde el punto de vista de la organización de la propiedad el contrato cumple un rol fundamental puesto que es justamente a partir del despliegue de la capacidad negocial que los bienes circulan, la propiedad adquiere valor y con ello el propietario llega a obtener provecho de la misma. Esta circunstancia tiene especial relevancia en el caso de las personas mayores, puesto que coincide con una etapa en la vida en la que sus ingresos disminuyen ostensiblemente y en definitiva pueden llegar a requerir rendimiento de ella mediante los instrumentos que le otorga el derecho de propiedad como organización jurídica. Tal es el caso

de la paradigmática compraventa del bien inmueble de la que, en muchas ocasiones, terceros inescrupulosos se han valido para abusar patrimonialmente de ellas y sobre la cual nuestro ordenamiento interno definitivamente no se adapta a los lineamientos proteccionales de la convención. El mayor problema radica, sin embargo, en que dicha tarea ha sido asumida, sin objeción de nuestro Estado, por la práctica notarial en un sentido totalmente opuesto, esto es, mediante el requerimiento de un certificado médico que dé fe de sano juicio, a la generalidad de las personas mayores, cada vez que estos se presenten ante ellos con objeto de enajenar o gravar su propiedad inmueble, lo que pese a las buenas intenciones que puedan existir, importa una diferencia de trato injustificada, desde el momento que la proporción de las personas mayores que padecen deterioro cognitivo, dependencia o abandono es ínfimo en relación a aquellas que presentan condiciones normales, de modo que termina siendo contraproducente al mandato de promoción de la autonomía e independencia de la persona mayor consagrado por la convención. Por esta razón lo más conveniente pasa porque nuestro Estado definitivamente abandone su pasividad al respecto y regule esta situación taxativamente bajo el establecimiento de atribuciones a la práctica notarial que se apliquen, sin distinción de edad tal cual ocurre en España con el examen presencial de los solicitantes respecto de la que los testigos y certificados médicos, en la medida que fueren necesarios, sólo poseen un carácter complementario; materialice los proyectos de ley en curso que persiguen sancionar penal y civilmente a aquellos que efectivamente abusen patrimonialmente de la persona mayor y finalmente también se haga cargo de las modificaciones que el procedimiento de interdicción merece bajo los lineamientos de la convención en orden a no replicar los efectos estigmatizantes que actualmente posee y por el contrario, se enfoque en fortalecer el apoyo en la toma de decisiones para aquellos casos en que la tutela sea exigida en función de la demencia.

En caso de la compraventa de la nuda propiedad, la actual reglamentación, así como la práctica de su empleo se presenta hasta ahora adecuada, sin embargo, con el objeto de prevenir eventuales abusos patrimoniales o simples omisiones de grave perjuicio, resulta aconsejable extender al cónyuge sobreviviente el goce del usufructo sobre el bien inmueble objeto de contrato, cuando fuere único y sirva de habitación, en aquellos casos en que, en el ejercicio de la libertad configurativa del contrato no se restrinja dicho goce al titular de la propiedad como igualmente se hagan extensibles las reglas de la lesión enorme con el objeto

de regular mínimamente las definiciones del precio, quedando pendiente un mayor estudio en torno a la factibilidad de incorporar el llamado contrato de hipoteca inversa, cuya principal utilidad, comparado al contrato de compraventa de la nuda propiedad, pareciera estar en que la enajenación del bien inmueble no se produzca sino con la muerte del propietario y sólo en la medida que los sucesores no accedan al pago de la deuda que, de ocurrir, producirá la conservación de la propiedad inmueble.

Finalmente, destaquemos que, del examen realizado en este trabajo, también se ha hecho patente la necesidad de dotar de una tutela más intensiva a las personas mayores en los contratos de arrendamiento que celebren, es decir, en aquellos casos en que lo que se cede es el goce de la propiedad de forma temporal a cambio de una renta periódica, particularmente cuando por el no pago de la renta o vencimiento del plazo se persigue su restitución. Como se sabe, actualmente para ese objeto debe iniciarse una causa en sede sumaria para cuya sustanciación se suelen requerir largos meses que en muchos casos significa la pérdida de los únicos ingresos adicionales a sus pensiones de vejez, situación que debe asumirse como un caso grave y calificado de abuso patrimonial que intolerable desde el derecho al uso y goce de la propiedad consagrado en la convención, habilite al juez para restituirla provisoriamente y sin mayor dilación en tanto se sustancia la causa.

BIBLIOGRAFÍA

1. ACNUDH. El Derecho a una Vivienda Adecuada. Folleto informativo número 21/ Rev.1, 2010. Disponible en:
https://www.ohchr.org/Documents/Publications/FS21_rev_1_Housing_sp.pdf.
2. ACNUDH. Preguntas frecuentes sobre el enfoque de derechos humanos en la cooperación para el desarrollo. Nueva York y Ginebra. ONU, 2006. Disponible en:
<https://www.ohchr.org/Documents/Publications/FAQsp.pdf>.
3. ALESSANDRI RODRIGUEZ, Arturo. De la compraventa y la promesa de venta. Santiago. Editorial Jurídica de Chile, Tomo II, Vol. 2, 2011.
4. ALVARADO Y GARCÍA, Alejandra y SALAZAR MAYA, Ángela. Análisis del concepto de envejecimiento. España. Revista Gerokomos, 2014, pp.57-62. Disponible en: <http://scielo.isciii.es/pdf/geroko/v25n2/revision1.pdf>.
5. BARCIA LEHMANN, Rodrigo. De los bienes y de su dominio, posesión, uso y goce. Santiago. Revista Chilena de Derecho Privado, N° 22, 2014, pp.285-297. Disponible en: <https://scielo.conicyt.cl/pdf/rchdp/n22/art11.pdf>.
6. BARCIA LEHMANN, Rodrigo. Lecciones de Derecho Civil Chileno. De los Bienes. Santiago. Editorial Jurídica de Chile, Tomo IV, 2010.
7. BARROS BOURIE, Enrique. Lo público y lo privado en el Derecho. Santiago. Estudios Públicos, N° 81, 2001, pp.5-38. Disponible en: https://www.cepchile.cl/cep/site/docs/20160303/20160303183623/rev81_barros.pdf.

8. BERTELSEN REPETTO, Raúl. “Rango jurídico de los tratados internacionales en el derecho chileno”. Revista Chilena de Derecho, Tomo I, Vol. 23 N° 2 y 3, pp. 211-222. Disponible en: <https://repositorio.uc.cl/handle/11534/14645>.
9. CENTRO DE ENCUESTAS Y ESTUDIOS LONGITUDINALES UC. Principales resultados de la Encuesta de Calidad de Vida del Adulto Mayor, e Impacto del Pilar Solidario. Santiago. 2018. Disponible en: https://www.previsionsocial.gob.cl/sps/download/estudios-previsionales/encuesta-de-proteccion-social/documentos-eps/documentos-eps-2018/encavidam_resultados_junio2018.pdf.
10. CEPAL. Lineamientos para una Convención de los Derechos de las Personas Mayores. 2009. Disponible en: <http://www.scm.oas.org/pdfs/2012/CP27862S.doc>.
11. CIEDESS. Hipoteca revertida. Santiago. Estudio CIEDESS, 2012. Disponible en: https://www.ciedess.cl/601/articles-556_archivo_01.pdf.
12. CORDERO QUINZACARA, Eduardo y ALDUNATE LIZANA, Eduardo. Evolución histórica del concepto de propiedad. Valparaíso. Revista de estudios histórico-jurídicos, N° 30, 2008, pp.345-385. Disponible en: https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0716-54552008000100013.
13. CORDERO QUINZACARA, Eduardo. De la propiedad a las propiedades. La evolución de la concepción liberal de la propiedad. Valparaíso. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, N° 31, 2008, pp.493-525. Disponible en: https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-68512008000200014.
14. CORDERO QUINZACARA, Eduardo. La dogmática constitucional de la propiedad en el derecho chileno. Valdivia. Revista de Derecho, Vol.19, N° 1, 2006, pp.125-148.

Disponible en: https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502006000100006.

15. CORNEJO GARCIA, María. Particularidades de la responsabilidad civil extra contractual en el derecho de familia. Santiago. Tesis de pregrado, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile, 2012. Disponible en: http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/112811/de-cornejo_m.pdf?sequence=1.
16. CUMPLIDO CERECEDA, Francisco. Alcances de la Modificación del Artículo 5° de la Constitución Política Chilena en relación a los Tratados Internacionales. Santiago. Revista Chilena de Derecho, Vol.23, N°s 2 y 3, Tomo I, 1996, pp.255-258. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2649915>.
17. FAÚNDEZ LEDESMA, Héctor. El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. Aspectos institucionales y procesales. San José. Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 3ª.ed., 2004. Disponible en: https://www.iidh.ed.cr/IIDH/media/1575/si_proteccion_ddhh_3e.pdf.
18. FIGUEROA YAÑEZ, Gonzalo. Curso de Derecho Civil. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, Tomo I, 2010.
19. FUENZALIDA BASCUÑAN, Sergio. La Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre el derecho de propiedad. ¿Concepción Liberal o Republicana?. Santiago. Estudios Constitucionales, Vol.18, N°1, 2020. Disponible en: <https://scielo.conicyt.cl/pdf/estconst/v18n1/0718-5200-estconst-18-01-259.pdf>
20. GOB.CL, Gobierno de Chile. Cecilia Morel y Ministro Felipe Ward anuncian priorización de trámites de títulos de dominio para adultos mayores. Santiago. 2018. Disponible en: <https://www.gob.cl/noticias/cecilia-morel-y-ministro-felipe-ward-anuncian-priorizacion-de-tramites-de-titulos-de-dominio-para-adultos-mayores/>.

21. GUILOFF TITIUN, Matías. La expropiación regulatoria: una doctrina impertinente para controlar la imposición al derecho de propiedad privada en la Constitución chilena. Talca. Revista Ius et Praxis, año 24, N°2, 2018, pp. 621-648. Disponible en: <http://www.revistaiepraxis.cl/index.php/iepraxis/article/view/1161/576>.
22. HUENCHUAN NAVARRO, Sandra. Un paso adelante para los derechos humanos. La protección de las personas mayores en las Américas. Santiago. Anuario de Derechos Humanos, N° 12, 2016, pp. 225-236. Disponible en: <https://anuariodh.uchile.cl/index.php/ADH/article/view/42751/44718>.
23. IDEAPAIÍS. Soledad en la tercera edad: una respuesta institucional. Santiago. 2019, Disponible en: http://ideapais.cl/wp-content/uploads/2019/01/Informe_vejez_.pdf.
24. INDH. Informe complementario PIDESC. Santiago. 2014. Disponible en: <https://bibliotecadigital.indh.cl/bitstream/handle/123456789/645/Informe%20CDESC.pdf?sequence=1&isAllowed=y>.
25. INE, Gobierno de Chile. Definiciones estadísticas población: esperanza de vida. Santiago. 2020. Disponible en: <https://www.ine.cl/ine-ciudadano/definiciones-estadisticas/poblacion/esperanza-de-vida#:~:text=En%20Chile%20la%20Esperanza%20de,77%2C3%20para%20los%20hombres>.
26. INE. Adultos mayores en Chile: ¿Cuántos hay? ¿Dónde viven? ¿Y en qué trabajan?. Santiago. 2020. Disponible en: <https://www.ine.cl/prensa/2020/04/15/adultos-mayores-en-chile-cu%C3%A1ntos-hay-d%C3%B3nde-viven-y-en-qu%C3%A9-trabajan>.
27. JIMÉNEZ DE ARÉCHEAGA, Eduardo. El Derecho Internacional Contemporáneo. Madrid. Tecnos, 1980.

28. LLAMAS CASCÓN, Ángel. Editor. La figura y el pensamiento de Norberto Bobbio. Madrid. Universidad Carlos III, 1994. Disponible en: https://earchivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/9293/bobbio_asis_1994.pdf?sequence=1.
29. LÓPEZ DÍAZ, Patricia. El principio de equilibrio contractual en el Código Civil Chileno y su particular importancia como fundamento de algunas instituciones del moderno derecho de las obligaciones en la dogmática nacional. Santiago. Revista Chilena de Derecho Privado, N° 25, 2015, pp. 115-181. Disponible en: <https://scielo.conicyt.cl/pdf/rchdp/n25/art04.pdf>.
30. MDSF, Gobierno de Chile. Resultados Encuesta CASEN 2017: Resultados Vivienda, Distribución de los hogares según situación de tenencia de la vivienda. Disponible en: http://observatorio.ministeriodesarrollosocial.gob.cl/storage/docs/casen/2017/Resultados_vivienda_casen_2017.pdf.
31. MDSF, Gobierno de Chile. Síntesis de resultados adultos mayores. Encuesta Casen 2017. Santiago, 2017. Disponible en: http://observatorio.ministeriodesarrollosocial.gob.cl/storage/docs/casen/2017/Resultados_Adulto_Mayores_casen_2017.pdf.
32. MDSF, Gobierno de Chile. Síntesis de resultados salud. Casen 2017. Santiago. 2018. Disponible en: <https://www.minsal.cl/wp-content/uploads/2018/10/CASEN-Salud-2017.pdf>.
33. MINJUSTICIA, Gobierno de Chile. Santiago. 2020. Disponible en: <https://www.derechoshumanos.gob.cl/ddhh/sistema-universal-de-derechos-humanos>.

34. MINSAL, Gobierno de Chile. Encuesta Nacional de Salud ENS Chile 2009-2010. Santiago. Tomo I, 2010. Disponible en: <http://www.senama.gob.cl/storage/docs/Dependencia-Personas-Mayores-2009.pdf>
35. MOISSET DE ESPANÉS, Luis. La Lesión. Legislación de América del Sur. Madrid. Anuario de Derecho Civil, Tomo XXIX, 1996.
36. MORA BIERE, Tania y HERRERA MUÑOZ, Felipe. Editores. Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores. Análisis de brechas legislativas y propuestas para su implementación. Santiago. Ediciones SENAMA, 2018. Disponible en: [http://www.senama.gob.cl/storage/docs/SENAMA libro DDHH final FINAL.pdf](http://www.senama.gob.cl/storage/docs/SENAMA_libro_DDHH_final_FINAL.pdf).
37. NASH ROJAS, Claudio. La protección internacional de los derechos humanos. Santiago, 2009. Disponible en: <http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/142636/La-Proteccion-Internacional-de-los-Derechos-Humanos.pdf?sequence=1>.
38. NOGUEIRA ALACALÁ, Humberto. Los tratados internacionales en el ordenamiento jurídico chileno. Talca. Revista Ius et Praxis, Vol. 2, N° 2, 1997, pp.9-62. Disponible en: <https://www.redalyc.org/pdf/197/19720203.pdf>.
39. NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. El Bloque Constitucional de Derechos en Chile, el parámetro de control y consideraciones comparativas con Colombia y México: doctrina y jurisprudencia. Talca. Revista de Estudios Constitucionales, Año 13, N° 2, 2015, pp.301-350. https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002015000200011.
40. NOVAK TALAVERA, Fabián. Los criterios para la interpretación de los tratados. Perú. Revista de Derecho THEMIS, N°63, 2013, pp. 71-88. Disponible en: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/8991/9398>.

41. OEA. Proyecto de Convención Interamericana sobre los Derechos Humanos de las Personas Mayores. 2012. Disponible en: <http://scm.oas.org/IDMS/Redirectpage.aspx?class=CAJP/GT/DHPM&classNum=30&lang=s>.
42. OMS. Envejecimiento y salud. 2018. Disponible en: http://www.who.int/features/factfiles/ageing/ageing_facts/es.
43. ONU. Segunda Asamblea Mundial sobre el Envejecimiento. Madrid. 2002. Disponible en: https://www.un.org/es/events/pastevents/ageing_assembly2/.
44. PACHECO GÓMEZ, Máximo. Supraconstitucionalidad de los Derechos Fundamentales. Santiago. Revista de Derecho, 1993, Vol. 20, N° 2-3, 1993, pp. 897-899. Disponible en: <https://repositorio.uc.cl/handle/11534/14602>.
45. PADILLA VIO, Carolina. Caracterización de la calidad de vida en la vejez en Chile. Santiago. Tesis de Magíster en Políticas Públicas, Facultad de Gobierno, Universidad del Desarrollo, 2017. Disponible en: <https://repositorio.udd.cl/bitstream/handle/11447/2023/Documento.pdf?sequence=1&isAllowed=y>.
46. PALMA, Andrea, PERROTA, Valentina y ROVIRA, Adriana. Las personas mayores como sujetos de derecho. El aporte de la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores. Uruguay. Instituto Nacional de las Personas Mayores del Uruguay, 2019. Disponible en: https://www.cepal.org/sites/default/files/events/files/documento_inmayores_final_0.pdf.
47. PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel. Los bienes. La propiedad y otros derechos reales. Santiago. Editorial Jurídica de Chile, Cuarta Edición, 2010.

48. PINTO, Mónica. El principio pro homine. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos., en AA VV, La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales. Buenos Aires. Editorial Del Puerto, 1a.ed., 2004.
49. PIZARRO WILSON, Carlos. La responsabilidad civil de los notarios en Chile. Coquimbo. Revista de Derecho Universidad Católica del Norte, Año 18, N° 2, 2011, pp.137-149. Disponible en: <https://revistaderecho.ucn.cl/index.php/revista-derecho/article/view/2030/1656>.
50. PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE CHILE Y CAJA LOS ANDES. Chile y sus Mayores: 10 años de la Encuesta Calidad de Vida en la Vejez. Santiago. 1ªEdición, 2017, pp.25-40. Disponible en: http://adultomayor.uc.cl/docs/Libro_CHILE_Y_SUS_MAYORES_2016.pdf.
51. RÍOS ÁLVAREZ, Lautaro. Jerarquía normativa de los tratados internacionales sobre los derechos humanos. Talca. Revista Ius et Praxis, Vol. 2, N° 2, 1997, pp.101-112. Disponible en: <https://www.redalyc.org/pdf/197/19720208.pdf>.
52. ROMERO SEGUEL, Alejandro. La tutela cautelar en el proceso civil chileno. Santiago. Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo XCVIII, N° 2, 2001. Disponible en: <https://doctrina.vlex.cl/vid/tutela-cautelar-proceso-civil-chileno-226607809>.
53. SALVIOLI, Fabián. Postulados emergentes de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en relación al Derecho Internacional Público. Buenos Aires. Tesis de Maestría. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de La Plata, 1997. Disponible en: <https://core.ac.uk/download/pdf/301023166.pdf>.

54. SÁNCHEZ BAYÓN, Antonio, GARCÍA DE QUEVEDO, Gloria y FUENTE LAFUENTE, Carlos. Sistemas regionales de derechos humanos. Aclaraciones y consejos para su exigibilidad. España. Revista Derecho y Cambio Social, N° 55, 2019. Disponible en: <https://lnx.derechocambiosocial.com/ojs-3.1.1-4/index.php/derechocambiosocial/article/view/33/15>.
55. SENAMA, Gobierno de Chile. Censo 2017 reveló que más del 16% de la población es adulto mayor. Santiago. 2017. Disponible en: <http://www.senama.gob.cl/noticias/censo-2017-revelo-que-mas-del-16-de-la-poblacion-chilena-es-adulto-mayor>.
56. SENAMA, Gobierno de Chile. Las Personas Mayores en Chile: situación, avances y desafíos del envejecimiento y la vejez. Santiago. 2009. Disponible en: <http://www.senama.gob.cl/storage/docs/Las-personas-mayores-de-chile-situacion-avances-desafios-del-envejecimiento-y-vejez-2009.pdf>.
57. SEPULVEDA GARRIDO, Paulina. Más de 330 mil adultos mayores viven solos en Chile. Santiago. La Tercera, 2017. Disponible en: <https://www.latercera.com/noticia/mas-330-mil-adultos-mayores-viven-solos-chile/>.
58. SEPULVEDA GARRIDO, Paulina. Mayores de 80 años tienen la tasa de suicidio más alta del país. Santiago. La Tercera. 2018. Disponible en: <https://www.latercera.com/tendencias/noticia/mayores-80-anos-tienen-la-tasa-suicidio-mas-alta-del-pais/270539/>.
59. SERNAC, Gobierno de Chile. Estudio: Oferta Crediticia para los Adultos Mayores. Santiago. 2014. Disponible en: https://www.sernac.cl/portal/619/articles-4379_archivo_01.pdf.
60. TAVOLARI OLIVARES, Raúl. Doctrinas Esenciales. Derecho Civil. Instituciones Generales. Santiago. Revista de Derecho y Jurisprudencia. Edición Bicentenario, 2010.

61. TREJO MATURANA, Carlos. El viejo en la historia. Santiago. Revista Acta Bioethica, año VII, N° 1, 2001, pp.107-119. Disponible en: <https://scielo.conicyt.cl/pdf/abioeth/v7n1/art08.pdf>.
62. VERDUGO MARINKOVIC, Mario y GARCÍA BARZELATTO, Ana. Manual de Derecho Político. Instituciones Políticas. Santiago. Editorial Jurídica de Chile, Tomo I, 2010, pp. 25-26.