



UNIVERSIDAD DE CHILE

FACULTAD DE DERECHO

ESCUELA DE POSTGRADO

MAGÍSTER EN DERECHO DE FAMILIA(S) Y DERECHO
DE LA INFANCIA Y DE LA ADOLESCENCIA

CONSIDERACIÓN DE LA VOLUNTAD DE LA PERSONA MAYOR FRENTE A LA
HOSPITALIZACIÓN PSIQUIÁTRICA INVOLUNTARIA Y A LA MEDIDA CAUTELAR
DE INTERNACIÓN EN ELEM

Actividad Formativa Equivalente a Tesis para optar al grado de Magister en Derecho de
Familia(s) y Derecho de la Infancia y de la Adolescencia

CLAUDIA ESTEFANÍA ATABALES FUENTES

Profesor guía: Ricardo Pérez De Arce Molina

Santiago, Chile

2024

Agradecimientos

A mi profesor guía, quien, con su constante orientación durante este proceso, me permitió llevar a cabo el presente trabajo.

A mi querida colega y amiga, Sarai, por su continuo apoyo.

A mis amados padres, Claudio y Luisa, por sus enseñanzas, por todo el amor y cuidados que me han entregado, procurando siempre lo mejor para mí y para mis hermanos.

A mi amado esposo, Williams, por todo su apoyo, dedicación, por animarme en cada paso siendo un pilar fundamental en mi vida.

A todos quienes han hecho posible este trabajo.

TABLA DE CONTENIDO

LISTADO DE ABREVIATURAS	3
INTRODUCCIÓN.....	4
CAPÍTULO I	6
NOCIONES GENERALES SOBRE EL MARCO JURÍDICO NACIONAL E INTERNACIONAL EN LA MATERIA.....	6
1. LA VOLUNTAD Y AUTONOMÍA.....	6
2. LA CAPACIDAD.....	8
3. PRINCIPIOS CONSAGRADOS EN EL ÁMBITO INTERAMERICANO DE LOS DERECHOS HUMANOS.	9
3.1. Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores:	9
3.1.1. La valorización de la persona mayor, su papel en la sociedad y contribución al desarrollo.....	10
3.1.2. La dignidad, independencia, protagonismo y autonomía de la persona mayor y la igualdad y no discriminación.	10
3.1.3. La participación, integración e inclusión plena y efectiva en la sociedad.	11
3.1.4. El bienestar y cuidado.	12
3.1.5. El enfoque diferencial para el goce efectivo de los derechos de la persona mayor.....	12
3.1.6. La protección judicial efectiva.	13
3.1.7. 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.	14
3.2. Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad:	15
3.2.1. El respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas.	16
3.2.2. La no discriminación.....	17
3.2.3. La participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad.	17
3.2.4. La igualdad de oportunidades.	18
3.2.5. La accesibilidad.....	18
4. DEFINICIONES LEGALES SOBRE LAS PERSONAS MAYORES.	19
4.1. Definiciones de la Convención	19
4.1.1. Persona mayor.	19
4.1.2. Persona mayor que recibe servicios de cuidado a largo plazo.	19
4.2. Definiciones de la Ley 21.331.	20
4.2.1. Salud mental.....	20
4.2.2. Enfermedad o trastorno mental.	20
4.2.3. Discapacidad psíquica o intelectual.	21

4.3. Definiciones de los Decretos 14 y 20 del Ministerio de Salud.	21
4.3.1. ELEAM.	21
4.3.2. Dependencia.	22
4.3.3. Niveles de dependencia.	22
CAPÍTULO II	23
HOSPITALIZACIÓN PSIQUIÁTRICA INVOLUNTARIA E INTERNACIÓN EN ELEAM.	23
1.- HOSPITALIZACIÓN PSIQUIÁTRICA INVOLUNTARIA.	24
1.1. Tipos de hospitalización psiquiátrica involuntaria.	26
1.1.1. Hospitalización psiquiátrica involuntaria de urgencia.	26
1.1.2. Hospitalización psiquiátrica involuntaria a partir de una indicación clínica, que surja en el contexto de una atención ambulatoria.	28
1.1.3. Hospitalización psiquiátrica involuntaria solicitada durante una hospitalización voluntaria.	29
1.2. Resolución de Hospitalización Psiquiátrica Involuntaria por parte de la SEREMI.	29
1.3. Acciones durante la hospitalización psiquiátrica involuntaria.	30
1.4. Revisión del Tribunal de Familia a las hospitalizaciones involuntarias.	31
1.5. Cese de la hospitalización psiquiátrica involuntaria.	32
1.5.1. Cese por Alta Hospitalaria	33
1.5.2. Cese en caso de abandono no Autorizado.	33
1.5.3. Cese en caso de fallecimiento durante la hospitalización involuntaria.	34
1.5.4 Cese por orden del Tribunal de Familia competente.	34
2.- INTERNACIÓN EN ELEAM	35
3. FALTA DE PARTICIPACIÓN EN LA DECISIÓN DE INTERNACIÓN.	37
4. MECANISMOS IMPERFECTOS PARA LA VINCULACIÓN CON EL PROCESO Y REPRESENTACIÓN JUDICIAL DE LA PERSONA MAYOR.	38
CONCLUSIONES	40
REFERENCIAS	42
Referencias bibliográficas:	42
Referencias legales:	45
Referencias judiciales:	46
ANEXOS	47

LISTADO DE ABREVIATURAS

CPT	: Comité para la Prevención de la Tortura.
ELEAM	: Establecimiento de Larga Estadía para Adultos Mayores.
INDH	: Instituto Nacional de Derechos Humanos.
INE	: Instituto Nacional de Estadísticas.
OMS	: Organización Mundial de la Salud.
ONU	: Organización de las Naciones Unidas.
OPS	: Organización Panamericana de Salud.
SENAMA	: Servicio Nacional del Adulto Mayor.
SEREMI	: Secretaría Regional Ministerial.
VIF	: Violencia intrafamiliar.

INTRODUCCIÓN

Nuestra legislación reconoce, sin distinguir periodos etarios, que los derechos de las personas en la atención de salud mental deben contar con protección, consagrando especialmente los derechos de aquellos sujetos con discapacidad psíquica o intelectual y de los usuarios(as) de los servicios de salud mental.

Al respecto, nos resulta particularmente interesante centrar nuestro estudio sobre esta materia en personas mayores, debido a las condiciones propias de salud que en ocasiones deben afrontar a su edad y a la escasa investigación que existe sobre el particular.

En este contexto, estudiaremos la hospitalización psiquiátrica involuntaria y las internaciones en ELEAM, teniendo como premisa que nuestro ordenamiento jurídico no establece los mecanismos mediante los cuales se consultará o recabará la opinión de las personas mayores sujetos de estas medidas, ni determina cómo se pondera o qué valor se da a su voluntad en tales circunstancias, lo que sin lugar a dudas hoy por hoy conlleva un problema de trascendencia jurídica que debe ser tratado, pues implicaría que ni siquiera estaría garantizado el derecho a ser oído.

Cobra relevancia entonces, conocer las circunstancias en que se desenvuelven las personas mayores, lo que nos llevará, por ejemplo, a referirnos al “Edadismo” que es el nombre que se ha dado a la discriminación en virtud de la edad con la que se busca encasillar y separar a las personas de una forma dañina, desventajosa o injusta, y que desgasta o perjudica el apoyo entre las diversas generaciones (Organización Panamericana de la Salud [OPS], 2021, p. 2).

De igual forma, examinaremos los principios que inspiran la normativa internacional en la materia y el marco conceptual que nos permitirá introducirnos dentro de nuestro trabajo con mayor claridad al tema de investigación., en la que nos circunscribiremos, en definitiva, a conocer, por una parte, la articulación de estas hospitalizaciones e internaciones, analizar cuál es la consideración que se da a la voluntad de las personas mayores frente a la imposición de tales medidas y, por otra parte, a determinar cuál es la valoración que, en nuestra opinión, debería darse a la manifestación de voluntad de quienes estimamos que siempre deberían tener garantizado su derecho a ser oído.

En ese sentido, deberemos preguntarnos: si las personas mayores intervendrán siempre con la asistencia de abogados frente al curso de tales medidas; cómo se hace valer la autonomía de la persona mayor sujeto de una internación involuntaria y para el caso de que efectivamente existiera en todo momento intervención de abogados, cómo ejercen estos su representación, esto es, si velan por lo que bajo su perspectiva mejor convenga a los intereses, a la salud de sus representados, o, si deben sostener y defender la voluntad de estos bajo todo respeto y consideración pese a que pudiera en determinado caso parecer lo menos conveniente.

Por su parte, y como podremos apreciar, será importante contemplar que la Ley que crea los Tribunales de Familia ha dispuesto que esta judicatura especializada vele porque en todos los asuntos de su competencia en que aparezcan involucrados intereses de incapaces, estos se

encuentren debidamente representados, debiendo designarles un curador ad litem cuando estimen que sus intereses son independientes o contradictorios con los de aquél a quien corresponda legalmente su representación¹.

En este aspecto, aunque comprendemos que la concepción de “incapaz” de nuestro Código Civil es mucho más acotada y que indudablemente las personas mayores sujetas a una hospitalización involuntaria o internación en ELEAM pueden no ser incapaces, resulta del todo plausible que como medida para cautelar el debido proceso legal el juez de Familia (que podría llegar a tener intervención a propósito de la prórroga o aplicación de estas medidas respectivamente), les designe un curador ad litem si ellos no hubieren designado un abogado de su confianza.

No obstante, después de todo, evidenciaremos que la regulación jurídica existente en nuestro país es insuficiente para garantizar debidamente el ejercicio del derecho de las personas mayores a ser oídas en el desarrollo de estos procesos.

¹ Artículo 19 de la Ley 19.968.

CAPÍTULO I

NOCIONES GENERALES SOBRE EL MARCO JURÍDICO NACIONAL E INTERNACIONAL EN LA MATERIA.

1. LA VOLUNTAD Y AUTONOMÍA.

En el ámbito civil solemos referirnos a la voluntad a propósito del estudio de los requisitos del acto jurídico.

Aludimos a la voluntad y a la voluntad exenta o libre de vicios para apuntar a un requisito de existencia y a un requisito de validez respectivamente del mismo. No obstante, como en nuestro ordenamiento no se define el término voluntad, para dar una aproximación de lo que debería entenderse por ella, suele recurrirse al diccionario de la lengua española de la Real Academia Española, que al efecto entrega varias acepciones, de las que destacaremos dos por su clara significación: “Facultad de decidir y ordenar la propia conducta” y “Libre albedrío o libre determinación” (Real Academia Española, f., definición 1 y 3).

Por su parte, para el profesor León (1991), como requisito de existencia, la voluntad corresponde a la aptitud que nos permite realizar lo que deseamos, mientras que, para su validez, será indispensable que la voluntad no esté viciada, “porque si bien basta con la manifestación de voluntad para que surja el acto, ésta puede adolecer de algún vicio -error, fuerza o dolo- que la haga en definitiva ineficaz”, por lo mismo, se exige que la voluntad se manifieste por personas capaces (p.26 y 27).

Podría haber quienes circunscriban el estudio de la voluntad solo al plano contractual, destacándose su estrecha relación con la autonomía, precisamente a través del principio de autonomía de la voluntad, que “se define como el derecho de las partes para elegir la ley que gobierna un contrato” (Vial Undurraga, 2013), pero en nuestra opinión aquella sería una apreciación bastante restrictiva toda vez que pasaría por alto la posibilidad de elección en cualquier otro plano de la vida, ya sea que se generen o no consecuencias jurídicamente relevantes.

Como se sostiene por la profesora Arenas (2023): “La autonomía se refiere a la voluntad de la persona entendida como la expresión consciente de sus deseos, que se traduce en decisiones y que pueden o no producir efectos jurídicos. Comprenden, por lo tanto, desde las decisiones más cotidianas hasta las de mayor relevancia jurídica” (p.14).

Así las cosas, no debemos desconocer que los conceptos de voluntad y autonomía están íntimamente ligados, aunque no deben ser confundidos como sinónimos, pues bajo nuestra perspectiva la voluntad como interés manifiesto, como expresión de lo que se desea, requiere materializarse o exteriorizarse ya sea de manera autónoma, es decir, sin la dependencia de

otro o, por el contrario, con apoyo de un tercero, de tal suerte que lo importante es que se conozca la voluntad de la persona, o, al menos, se intente conocerla.

En efecto, a las personas, desde pequeñas, se les reconoce paulatinamente su autonomía conforme a la evolución de sus facultades mentales y físicas, tópico que ha sido estudiado en el campo de los derechos de niños, niñas y adolescentes.

Al respecto, en consonancia con lo dispuesto en el artículo 5 de la Convención sobre los Derechos del Niño y del artículo 11 de la Ley 21.430, en virtud del principio de autonomía progresiva se espera que toda persona a medida que crezca y adquiera mayor desarrollo pueda ejercer por sí misma sus derechos y cumplir con sus obligaciones².

Muy interesante resulta en este ámbito la opinión de la profesora Gómez De La Torre (2018), quien plantea un criterio casuístico, pues sostiene que “la autonomía progresiva de un menor debe ser evaluada caso a caso, cada niño es único, tomando en cuenta su grado de madurez tanto psíquica como social y culturalmente. Utilizando como parámetros para la evaluación: la familia, el lugar en que vive (no es lo mismo un niño que crece en la capital que un niño que crece en el campo lejos de todo desarrollo tecnológico), la educación, el medio en el que se desarrolla y la situación económica” (p.120).

Concordamos con dicha opinión. Sin que implique desconocer el principio de igualdad ante la ley, cada persona es única y en el terreno judicial para garantizar un efectivo goce de sus derechos es necesario que la ley establezca los parámetros que necesariamente deberían considerarse en el ejercicio de estos a fin de que se contemplen de manera objetiva e imparcial las particularidades de cada caso.

Lo anterior bajo nuestra perspectiva, debiera también ocurrir en el campo del estudio de la voluntad de las personas mayores, pues no estableciéndose pautas por el legislador que deban indispensablemente observarse, el ejercicio del derecho queda entregado a la apreciación que sobre el particular pueda tener cada juez, sin que existan contornos mínimos que aseguren garantías para el sujeto al expresar su determinación.

² Artículo 5 CDN: “Los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de su facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención”.

Artículo 11 Ley 21.430: “Todo niño, niña y adolescente, de conformidad al Sistema de Garantías y Protección Integral de los Derechos de la Niñez y Adolescencia, podrá ejercer sus derechos en consonancia con la evolución de sus facultades, atendiendo a su edad, madurez y grado de desarrollo que manifieste, salvo que la ley limite este ejercicio, tratándose de derechos fundamentales.

Durante su proceso de crecimiento los niños, niñas y adolescentes van desarrollando nuevas capacidades y profundizando otras, junto con un aumento paulatino de su capacidad de responsabilización y toma de decisión respecto de aspectos que afectan su vida. El desarrollo y profundización de capacidades que favorecen la autonomía de los niños, niñas y adolescentes se ve afectado, no sólo por la edad, sino también por aspectos culturales y por las experiencias individuales y colectivas que configuran su trayectoria de vida.

Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a ser protagonistas activos de sus vidas, y para ello requieren experimentar el balance permanente entre la autonomía para el ejercicio de sus derechos y la necesidad simultánea de recibir protección...”

2. LA CAPACIDAD.

Como señalábamos precedentemente a propósito de la voluntad, se exige que ella sea manifestada por personas capaces.

La capacidad ha sido tratada esencialmente en el campo de los atributos de la personalidad y de los requisitos de validez del acto jurídico. Como señala el profesor Orrego (2023) "...en términos generales, es la aptitud legal de una persona para adquirir derechos y contraer obligaciones y bajo ciertas circunstancias, poder ejercerlos y cumplirlas por sí misma" (sección 2.1, párrafo 1).

Por lo anterior, se distingue entre capacidad de goce y de ejercicio. La primera consistente en un atributo de la personalidad, "se concibe como la aptitud legal para ser titular de derechos y obligaciones, la que es adquirida al momento de su nacimiento" (Jarufe, 2022, p. 14), de ahí que se conciba que toda persona por el solo hecho de ser tal detenta capacidad de goce, lo que para Orrego (2023) redundante en que no existan incapacidades de goce absolutas o generales (sección 2.3, párrafo 2).

Por su parte, en lo que respecta a la capacidad de ejercicio, la doctrina se encuentra conteste en que pueden existir sujetos de derecho desprovistos de ella. Siguiendo lo dispuesto por el artículo 1445 del Código Civil³ y la opinión mayoritaria de autores, se comprende que es: "la aptitud legal que tiene una persona para ejercer derechos y contraer obligaciones por sí sola sin la autorización o ministerio de otra persona" (Lathrop, 2022, p.233).

En nuestro ordenamiento jurídico la regla general es la capacidad de ejercicio, ya que tal como dispone el artículo 1446 del Código Civil: "Toda persona es legalmente capaz, excepto aquellas que la ley declara incapaces", lo que en concordancia con el artículo 1447⁴ nos permite distinguir entre incapaces absolutos y relativos, encontrándose en el primer grupo a los dementes, los impúberes y los sordos o sordomudos que no pueden darse a entender claramente, mientras que, en el segundo grupo a los menores adultos y a los disipadores que se hallen bajo interdicción de administrar lo suyo.

Cabe precisar que los absolutamente incapaces deben actuar jurídicamente representados porque carecen de la aptitud para actuar por sí mismos, a diferencia de los incapaces relativos,

³ Art. 1445 C.C.: "Para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad es necesario: 1º que sea legalmente capaz; 2º que consienta en dicho acto o declaración y su consentimiento no adolezca de vicio; 3º que recaiga sobre un objeto lícito; 4º que tenga una causa lícita.

La capacidad legal de una persona consiste en poderse obligar por sí misma, y sin el ministerio o la autorización de otra".

⁴ Art. 1447 C.C.: "Son absolutamente incapaces los dementes, los impúberes y los sordos o sordomudos que no pueden darse a entender claramente. Sus actos no producen ni aun obligaciones naturales, y no admiten caución.

Son también incapaces los menores adultos y los disipadores que se hallen bajo interdicción de administrar lo suyo. Pero la incapacidad de las personas a que se refiere este inciso no es absoluta, y sus actos pueden tener valor en ciertas circunstancias y bajo ciertos respectos, determinados por las leyes.

Además de estas incapacidades hay otras particulares que consisten en la prohibición que la ley ha impuesto a ciertas personas para ejecutar ciertos actos".

quienes pueden actuar siempre que lo hagan autorizados por su representante⁵.

Los tópicos que hemos abordado hasta este momento, aun cuando han sido reseñados en forma breve por el límite de extensión del presente trabajo, resultan importantes a modo introductorio para comprender la trama del problema jurídico que corresponde al tema de nuestro estudio, ya que si bien pretendemos referirnos a la consideración que se da a la voluntad de la persona mayor en dos escenarios tan complejos, es relevante recordar primero cómo se trata desde la generalidad un elemento tan significativo como lo es la voluntad, íntimamente ligada con la autonomía y la capacidad de toda persona.

3. PRINCIPIOS CONSAGRADOS EN EL ÁMBITO INTERAMERICANO DE LOS DERECHOS HUMANOS.

Es menester que podamos referirnos, a ciertos principios que se establecen en el ámbito interamericano del Derecho Internacional a propósito de las personas mayores. Sin perjuicio de que también nos detendremos en alguna medida, dada su conexión en determinados casos con el asunto principal, en los principios de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

Ahora, si bien ninguno de los instrumentos a los que aludiremos fija expresamente el contenido de cada principio, ello puede colegirse del resto de sus normas y particularmente del reconocimiento de ciertos derechos.

3.1. Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores:

La Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores en su artículo 3 consagra, entre otros, los siguientes principios generales que pasaremos a analizar:

- *La valorización de la persona mayor, su papel en la sociedad y contribución al desarrollo.*
- *La dignidad, independencia, protagonismo y autonomía de la persona mayor.*
- *La igualdad y no discriminación.*
- *La participación, integración e inclusión plena y efectiva en la sociedad.*
- *El bienestar y cuidado.*
- *El enfoque diferencial para el goce efectivo de los derechos de la persona mayor.*

⁵ Para profundizar sobre la Capacidad, véase:

- Rivera Restrepo, José. M. (2023). Tratado de Derecho Civil del Acto Jurídico (1a. ed.). Thomson Reuters, capítulo II, sección III, (p. 414-416).
- BARCIA Lhemann, Rodrigo (2007) Lecciones de Derecho Civil Chileno. Tomo I. Del Acto Jurídico, (ed. 2007) Editorial Jurídica de Chile, capítulo II, sección 6, (p. 67-81).
- Corral Talciani, H. (2018). Curso de Derecho Civil, parte general (1a. ed.). Thomson Reuters, Parte II, capítulo IV, sección IV, (p. 385-399).

- *La protección judicial efectiva.*
- *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.*

3.1.1. La valorización de la persona mayor, su papel en la sociedad y contribución al desarrollo.

Con arreglo a este principio debe reconocerse el rol y los aportes de las personas mayores en el progreso de nuestra sociedad, comprendiéndose que probablemente muchos de los avances de los que hoy en día gozamos, fueron posibles en la medida que antes otros y otras los desarrollaron, se trata de valorar la experiencia y también “...de comprender que la persona adulta mayor tiene mucho con qué contribuir al desarrollo de la sociedad, debiendo dársele la oportunidad de brindar sus aportes y de participar en cualquier situación de la vida cotidiana...” (Rodríguez, 2008, p. 38)

Sobre este punto, tal como señalaba la profesora Lathrop (2009) “la ancianidad fue objeto de continua veneración en la antigüedad” (p. 77). Ello hoy no ocurre y pese a que comprendemos que tal vez no pueda recobrase tal fervor, creemos en forma optimista que, si puede progresarse en cuanto al trato que damos a las personas mayores, avanzándose en la senda del respeto.

En relación con esto, la Convención desde nuestro punto de vista, contribuye a que se reconozca a las personas mayores como sujetos de derecho. En un mundo tan conectado en que todo pareciera ser fácilmente visible, resulta irónico constatar como por largo tiempo los mayores han sido invisibilizados, excluidos, víctimas de tratos arbitrarios, de vulneraciones y de limitaciones a su autonomía, como si se normalizara el subestimar sus opiniones o sus decisiones.

3.1.2. La dignidad, independencia, protagonismo y autonomía de la persona mayor y la igualdad y no discriminación.

Ya en el Preámbulo de la Convención se declara que la persona mayor tiene los mismos derechos humanos y libertades fundamentales que las demás personas. Luego, se prohíbe la discriminación por edad en la vejez⁶ y se reconoce la facultad de las personas mayores para tomar decisiones, para desarrollar una vida autónoma e independiente en igualdad de condiciones y a disponer de mecanismos para poder ejercer sus derechos⁷. Estos mecanismos no están demarcados particularmente en la Convención porque ella no busca establecer limitaciones, sino forjar un mínimo común denominador al cual los Estados Parte deben sujetarse, siendo importante entonces, cómo ello se pone en práctica en el plano interno de cada país.

⁶ Artículo 5 de la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores.

⁷ Artículo 7 de la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores.

En Chile, a través de SENAMA, se han implementado diversos Programas que buscan promover un envejecimiento activo, dirigidos a personas mayores “con diferentes necesidades, realidades... que van desde adultos mayores en situación de mayor dependencia (física, intelectual, económica), hasta adultos mayores con necesidades de superación, socialización y sin situación de dependencia explícita” (Ortega, 2018 p. 230), lamentablemente estos Programas no son transversales a todas las comunidades, a lo que se suma, como ya adelantábamos, que es frecuente ver un tratamiento inadecuado por parte de la sociedad hacia los mayores.

En este orden de ideas, el ser persona mayor no implica ser incapaz, pues mientras no concurra ninguna de las causales que señala la ley, la regla general seguirá siendo la capacidad. De todas formas, eso no conlleva desconocer que en determinados casos con el paso de los años y por razones de carácter biológico se puedan producir ciertos deterioros físicos y/o trastornos neurocognitivos.

Como expone la profesora Arenas (2023), la autonomía puede verse afectada de forma temporal o permanente y en distintos niveles, lo que puede influir en las determinaciones que tome un sujeto, “por ejemplo: una persona mayor o no en un estado de enojo o rabia puede tomar algunas decisiones de las que se arrepienta una vez que esté más tranquila, o bien una persona mayor o no con algún grado de deterioro cognitivo puede no estar en condiciones de administrar eficientemente su patrimonio, pero sí de decidir que no desea que su hijo adulto y capaz continúe viviendo en su casa” (p.14).

3.1.3. La participación, integración e inclusión plena y efectiva en la sociedad.

El artículo 4 de la Convención dispone que los Estados Parte deberán adoptar medidas para prevenir, sancionar y erradicar aquellas prácticas tales como el aislamiento y el abandono. Tal consagración, a simple vista, parece de sentido común, pero como indicamos al referirnos a la valorización de las personas mayores, no es difícil ver casos de exclusión y situaciones de desamparo.

En relación con este punto, debemos considerar que la participación social apunta a todas las acciones que se realizan fuera del hogar, traduciéndose en oportunidades para interactuar con otras personas y generar nexos con ellas (Universidad Católica [UC] y Caja Los Andes, 2022, p. 78).

En el mismo sentido, se ha sostenido que las personas mayores “que participan en organizaciones comunitarias tienen mejor desempeño en actividades funcionales y mayor satisfacción con su vida” (Leiva et al., 2020, p. 804), pero lamentablemente según se consigna en la Sexta Encuesta de Calidad de Vida en la Vejez, la participación de personas mayores en organizaciones ha ido a la baja, lo que aumentaría la probabilidad de riesgo de soledad (UC y Caja Los Andes, 2022, p. 78-79).

En efecto, por naturaleza las personas somos seres sociales, nos desenvolvemos en espacios comunes con otros sujetos, ya sea en el plano familiar, educativo, laboral o recreacional, de tal forma que entendemos que al separarnos de estos grupos -con independencia de las

causas- podemos vernos expuestos a las consecuencias que trae aparejada la carencia de compañía.

3.1.4. El bienestar y cuidado.

Podemos observar que este principio inspira varios derechos consagrados en la Convención. Entendemos que, en términos sencillos, se busca garantizar que las personas mayores puedan gozar de todos los elementos necesarios para vivir bien. Todavía más, su estudio puede abordarse, entre otras, desde la perspectiva de los derechos a la vida, a la dignidad en la vejez, a la seguridad, a la privacidad e intimidad, a la salud y especialmente dentro de este derecho a brindar consentimiento libre e informado, no obviando algo que ya hemos mencionado, esto es, que como sujetos de derechos tienen las mismas prerrogativas que las demás personas.

Así las cosas, centrándonos en Chile, cabría preguntarse si realmente en nuestra sociedad actual las personas mayores gozan de bienestar y de un cuidado debido. Tal vez no exista una única respuesta a esta interrogante, pero basándonos en una noción general, probablemente la respuesta tienda a ser negativa, sobre todo si se piensa en aquellos casos de personas en situación de vulnerabilidad, lo que torna indispensable trabajar en políticas públicas con objetivos definidos a corto, mediano y largo plazo para materializar una solución a esta problemática.

3.1.5. El enfoque diferencial para el goce efectivo de los derechos de la persona mayor.

Si observamos los principios a los que nos hemos referido hasta ahora, podremos concluir que en su mayoría son transversales, es decir, podrían inspirar perfectamente la legislación de cualquier país, con independencia de la edad de las personas a que se dirigen.

Ahora bien, con la consolidación de este principio lo que resulta determinante es que en el caso de las personas mayores se deben tener en cuenta las particularidades propias asociadas a su etapa etaria, tal como ocurriría con la niñez y la adolescencia.

En ese sentido, es importante no incurrir en confusiones, no se trata, ni de limitar los derechos de las personas mayores, ni por el contrario, de generar beneficios a favor de ellas en desmedro de los demás, sino de considerarles como iguales ante la ley⁸, adoptando todas las medidas necesarias para que así se reconozca y que como tales, a modo referencial, se considere su dignidad, su autonomía, su derecho a opinar, a participar y que se erradiquen prácticas tan frecuentes hacia ellas como la infantilización y el edadismo -sin olvidar por supuesto, el maltrato en cualquiera de sus formas-.

A propósito, refiriéndose al Edadismo, según la Organización Panamericana de la Salud ([OPS], 2021) este corresponde “a los estereotipos (cómo pensamos), los prejuicios (cómo

⁸ Inciso segundo del artículo 30 de la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores: Los Estados Parte reconocerán que la persona mayor tiene capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida.

nos sentimos) y la discriminación (cómo actuamos) hacia las personas en función de su edad”. Precisándose que puede llegar a ser institucional, interpersonal o autoinfligido. El primero, estaría dado por las leyes, normas sociales, políticas y prácticas de nuestras instituciones que podrían restringir injustamente las oportunidades menoscabando de manera regular a las personas en razón de su edad. Por su parte, el edadismo interpersonal tendría lugar en las interacciones que se dan entre dos o más sujetos y, por último, el edadismo autoinfligido se produciría cuando la persona interioriza el edadismo contra sí mismo (p. XVII).

En principio, llama la atención el que se pueda incurrir incluso en prácticas de edadismo contra uno mismo, pero si se analiza con un mayor grado de detenimiento, no resulta del todo desconcertante al observar que hay factores culturales importantes asociados a los estereotipos que generan limitaciones en el comportamiento o desenvolvimiento de algunas personas y, por ende, influyen también en la auto percepción de sus capacidades o competencias.

El edadismo no solo se limita a los comportamientos o acciones por medio de los cuales se manifiesta, sino que conlleva consecuencias negativas en el ámbito de salud de las personas mayores-sobre todo mental-, restringe su autonomía, que se traduce sin ir más lejos, en que otros tomen las decisiones por ellas, afecta de un modo desfavorable la visión de las personas jóvenes sobre las mayores y sobre como proyectan su propio envejecimiento, entre otras, por lo que debe ser afrontado, para lo que se propone a modo ejemplar, educar sobre el tema y fomentar el relacionamiento entre personas de diversas generaciones (Observatorio del Envejecimiento para un Chile con futuro, 2021, p. 11-14).

3.1.6. La protección judicial efectiva.

De la mano con lo que señalábamos precedentemente, el artículo 31 de la Convención se refiere al acceso a la justicia, mientras que el artículo 30, al igual reconocimiento como persona ante la ley.

Podemos, desde nuestra perspectiva, apreciar que en virtud de este principio se busca consagrar ciertamente la igualdad ante la ley, pero incorporando el enfoque diferencial para asegurar y facilitar en determinados casos la protección judicial a favor de las personas mayores, ya que en síntesis estos artículos establecen:

- Que la persona mayor debe tener acceso efectivo a la justicia en igualdad de condiciones con las demás.
- Que la persona mayor tiene capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás.
- Que la persona mayor tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica.
- Que de requerirse ajustes de procedimiento para facilitar el acceso a la justicia de las personas mayores estos deberán adoptarse.
- Que se debe garantizar un tratamiento preferencial a las personas mayores para la tramitación, resolución y ejecución de las decisiones administrativas y judiciales.
- Que la actuación judicial debe ser particularmente expedita en casos en que se encuentre en riesgo la salud o la vida de personas mayores. Arista que cobra gran importancia a

modo ejemplar en las causas de Violencia Intrafamiliar en las que comparecen como víctimas.

- Que la persona mayor tiene derecho a ser oída respetándose las garantías del debido proceso legal.
- Que se adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a la persona mayor al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica, aspecto muy relevante con relación al tema de estudio.
- Que se asegurará que en el ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardas adecuadas y efectivas para impedir abusos.
- Que esas salvaguardas asegurarán que se respeten, entre otras cosas, los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona mayor y que deberán estar sujetas a exámenes periódicos por parte de la autoridad judicial competente.
- Que se tomarán todas las medidas necesarias para garantizar el derecho de las personas mayores a ser propietarias, heredar, controlar sus propios asuntos económicos y tener acceso en igualdad de condiciones a préstamos bancarios, hipotecas y otras modalidades de crédito financiero, velando por que no sean privadas de sus bienes de manera arbitraria.
- Que se desarrollarán y fortalecerán políticas públicas y programas dirigidos a promover: mecanismos alternativos de solución de controversias y capacitación del personal relacionado con la administración de justicia, incluido el personal policial y penitenciario, sobre la protección de los derechos de personas mayores⁹.

Este asunto resulta especialmente relevante dentro del tema de estudio, en vista de que la eventual defensa judicial que pueda ejercer una persona mayor respecto de una medida quizá arbitraria implicará superar todas las dificultades de acceso a la justicia que pueda experimentar, especialmente la de conseguir una representación jurídica autónoma.

3.1.7. 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.

En el artículo 8 de la Convención, se reconoce el derecho a la participación e integración comunitaria, directamente relacionado con varios tópicos ya referidos. A saber, se dispone expresamente que “la persona mayor tiene derecho a la participación activa, productiva, plena y efectiva dentro de la familia, la comunidad y la sociedad para su integración en todas ellas”¹⁰.

Pero no solo eso, la Convención también tiene en consideración a la familia, a la comunidad y al Estado en aspectos específicos tales como lo concerniente a los cuidados paliativos, al Derecho a la seguridad y a una vida sin ningún tipo de violencia, a los derechos de la persona

⁹ Véase: Protocolo de Acceso a la Justicia de Personas Mayores (2021). Dirección de Asuntos Internacionales y Derechos Humanos Corte Suprema de Chile.

¹⁰ Inciso 1.

mayor que recibe servicios de cuidado a largo plazo y a propósito del derecho a la salud, entre otros¹¹.

No se concibe el bienestar de la persona mayor sin la satisfacción de sus necesidades, entre las cuales se encuentran, precisamente la sociabilización y los cuidados.

Así, en lo que respecta a su integración efectiva, es dable tener en consideración que la ya citada Sexta Encuesta de Calidad de Vida en la Vejez, arrojó como resultados en comparación con su versión anterior, que el riesgo de aislamiento en las personas mayores se mantuvo, pero el sentimiento de soledad ha aumentado, explicándose que el aislamiento social se refiere a la falta de contactos sociales provenientes de familiares y amigos o vecinos y que la soledad es una experiencia subjetiva, de sentirse solo/a. (UC y Caja Los Andes, 2022, p. 107-112).

Estos resultados nos parecen relevantes para ilustrar el contexto actual que viven las personas mayores en Chile, máxime cuando los esfuerzos están dirigidos o deberían estar dirigidos a su inclusión.

3.2. Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad:

La Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad consagra en su artículo 3 varios principios, de los que destacaremos los siguientes:

- *El respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas.*
- *La no discriminación.*
- *La participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad.*
- *La igualdad de oportunidades.*
- *La accesibilidad.*

Al igual que ocurre con las personas mayores, las personas con discapacidad se han visto enfrentadas a exclusiones, discriminaciones arbitrarias y vulneraciones, aunque observamos que se ha plasmado temporalmente de una manera distinta¹².

En efecto, pareciera que la historia ha sido regresiva en torno a las personas mayores, o sea, pasaron de ser sujetos de admiración a ser invisibilizadas y excluidas, mientras que en lo que

¹¹ Artículos 2, 9, 12, 19 de la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores.

¹² El historiador Pablo Camus, en su investigación de 1993, titulada FILANTROPIA. MEDICINA Y LOCURA: LA CASA DE ORATES DE SANTIAGO, sostenía que: “Es interesante estudiar la historia de los grupos marginados, también es válido el estudio de la forma en que ellos han sido tratados por la sociedad. Esto permite comprender cuáles son los criterios que se utilizan para verificar lo que es normal y cuál es la justificación que una sociedad tiene para excluir a algún miembro que no cumpla con estos requisitos”.

Por su parte, María José López, presidenta ejecutiva de Fundación ConTrabajo explica: “En la antigüedad clásica, las personas con discapacidad eran excluidas de la sociedad porque se concebían como una carga incapaz de aportar a la comunidad. Esta idea se basaba en dos submodelos: el eugenésico y el de marginación”.

respecta a las personas con discapacidad ha tendido a ser más bien progresiva, si consideramos que las últimas décadas se han visto varios avances en su favor.

Indudablemente, esto constituye una apreciación solo desde una óptica general, no significa que estimemos que todo es perfecto en cuanto al trato y consideración de las personas con discapacidad, sino que significa que visualizamos a lo menos que en la práctica se han generado mejoras para su desarrollo e inclusión.

Para entender más sobre este aspecto, pasaremos a referirnos en términos breves a los principios enunciados precedentemente.

3.2.1. El respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas.

Si recordamos que antiguamente las personas con discapacidad fueron valoradas como grupos que debían ser marginados, resulta relevante que se consagre este principio. De hecho, los avances que hemos podido observar en beneficio de ellas se dan en un contexto en que precisamente comienzan a visualizarse como personas como cualquier otra, con derechos y deberes, lo que va de la mano del reconocimiento de esos derechos en tratados e instrumentos internacionales.

Así podemos observar, que esta Convención, reconoce que todas las personas son iguales ante la ley y en virtud de ella¹³, mientras que la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad establece expresamente que “las personas con discapacidad tienen los mismos derechos humanos y libertades fundamentales que otras personas; y que estos derechos, incluido el de no verse sometidos a discriminación fundamentada en la discapacidad, dimanar de la dignidad y la igualdad que son inherentes a todo ser humano”.

Entonces, ambos instrumentos solo vienen a normar aquellas prerrogativas que emanan por esencia de la naturaleza humana, lo que como hemos dicho, resulta significativo para lograr los progresos que se han dado a lo largo del tiempo.

Como se explica por la Organización de Naciones Unidas ([ONU], 2014), cuando se respeta la dignidad de las personas con discapacidad, se valoran sus experiencias y opiniones, reconociéndose con la autonomía individual la posibilidad de estar a cargo de la propia vida, teniendo libertad de tomar decisiones, lo que no obsta de que puedan contar con apoyo adecuado en caso necesario (p. 16).

Dicho de otra forma, por fin se comprende que la discapacidad no implica por sí misma que la persona esté impedida de tomar las decisiones que repercutirán en su vida.

¹³ Artículo 5 N° 1 Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

3.2.2. La no discriminación.

Como señalábamos al referirnos a las personas mayores, se trata de un principio transversal, pero aplicado a este ámbito se trata de la prohibición de la discriminación por motivos de discapacidad y de la garantía conferida a todas las personas con discapacidad de que gozarán de protección legal contra la discriminación por cualquier motivo¹⁴.

La Convención entiende como "discriminación por motivos de discapacidad" cualquier distinción, exclusión o restricción por motivos de discapacidad que tenga el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en los ámbitos político, económico, social, cultural, civil o de otro tipo¹⁵.

3.2.3. La participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad.

Los conceptos de participación e inclusión plenas y efectivas significan que la sociedad, tanto en el plano público como privado, está estructurada para permitir que todas las personas participen de manera plena. Ello implica reconocer que se valora a las personas con discapacidad y que se les reconoce como participantes en igualdad de condiciones, por ejemplo, en cuestiones tan cotidianas como la toma de decisiones que afectarán a sus vidas (Naciones Unidas, 2014, p.17).

En efecto, pongamos por caso que es improbable que se cuestione el derecho de una persona legalmente capaz a tomar las resoluciones que estime convenientes en su vida, lo mismo ocurre si la persona se encuentra en condición de discapacidad, pues esta no lleva aparejada necesariamente la incapacidad legal.

Este principio se materializa fundamentalmente a través del artículo 19 de la Convención, que en suma, consigna el derecho a vivir de forma independiente y a ser incluido en la comunidad, en virtud del cual se reconoce la facultad de todas las personas con discapacidad a vivir en la colectividad, con opciones iguales a las de las demás, debiendo asegurarse como mínimo que ellas tengan la oportunidad de elegir su lugar de residencia, con quién vivir y sin ser obligadas a sujetarse a un sistema de vida específico -entendemos que se busca erradicar prácticas paternalistas-, que cuenten asimismo, con acceso a los servicios de asistencia y de apoyo que requieran, incluida la asistencia personal que sea necesaria para facilitar su existencia, su inclusión y para evitar su aislamiento o separación de la comunidad; que las instalaciones y los servicios de la comunidad estén igualmente a su disposición, en igualdad de condiciones, pero teniendo en cuenta sus necesidades.

Ahora bien, su consagración no se agota ahí, porque también abarca la habilitación y rehabilitación para que las personas con discapacidad puedan lograr una inclusión y participación plena en todos los aspectos de la vida¹⁶.

¹⁴ Artículo 5 N° 2 Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

¹⁵ Artículo 2 Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

¹⁶ Artículo 26 Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

3.2.4. La igualdad de oportunidades.

La igualdad constituye un principio general que se erige como un ente rector de toda la Convención, reconociéndose en cuanto a las oportunidades, fundamentalmente en el Preámbulo, en el derecho a la educación y en el derecho al trabajo o empleo¹⁷.

Si se analiza objetivamente, el que se reconozca este principio a propósito de estos derechos, va de la mano con la inclusión plena que se pretende lograr respecto de las personas con discapacidad, pues se tributaría a su inserción en las comunidades formadas en instituciones de educación y laborales con los consecuentes beneficios que ello reportaría para su propia independencia.

Por su parte, en nuestra legislación, se ha establecido que se entiende por igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad, la ausencia de discriminación por razón de discapacidad, así como la adopción de medidas de acción positiva orientadas a evitar o compensar las desventajas de una persona con discapacidad para participar plenamente en la vida política, educacional, laboral, económica, cultural y social¹⁸.

Vemos, entonces, que para propender a la igualdad de oportunidades no basta con no discriminar por razones de discapacidad, sino que se debe adoptar una posición activa tendiente a la inclusión.

3.2.5. La accesibilidad.

De acuerdo con lo que se consagra en el artículo 9 de la Convención, la accesibilidad no es otra cosa que la posibilidad que tienen las personas con discapacidad, de acceder en igualdad de condiciones con las demás, al entorno físico, al transporte, a información y a otros servicios e instalaciones abiertos al público o de uso público, tanto en zonas urbanas como rurales.

Sin ir más lejos, a propósito del establecimiento de principios y directrices internacionales sobre el acceso a la justicia para las personas con discapacidad se ha reconocido que las instalaciones y servicios deben tener accesibilidad universal para garantizar la igualdad de acceso a la justicia sin discriminación de las personas con discapacidad (ONU, 2020, p. 14).

En fin, avances en accesibilidad se han registrado en varios aspectos los últimos años, no obstante, continúan existiendo barreras que en lo medular afectan a personas en situación de discapacidad en actividades usuales y comunes, por tanto, es esperable que se pueda mejorar aún más sobre esta temática entendiendo que ello debe acompañarse necesariamente de la educación e información para alcanzar un progreso sostenido que incorpore a las nuevas generaciones de jóvenes y alcance en definitiva a toda la sociedad.

¹⁷ Artículos 24 y 27 Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

¹⁸ Artículo 7 Ley 20.422

4. DEFINICIONES LEGALES SOBRE LAS PERSONAS MAYORES.

Continuando nuestra aproximación al tema de estudio, será necesario observar ciertas definiciones que encontraremos en el cuerpo normativo aplicable a él, razón por la que atenderemos fundamentalmente la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, la Ley 21.331, el Decreto N° 14¹⁹ y el Decreto N° 20²⁰ del Ministerio de Salud.

4.1. Definiciones de la Convención

La Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores que entró en vigor en nuestro país en el año 2017, establece un marco conceptual bastante amplio, aunque nos centraremos en dos definiciones por su directa relación con la materia, esto es, “persona mayor” y “persona mayor que recibe servicios de cuidado a largo plazo”.

4.1.1. Persona mayor.

Se dispone que es: “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”²¹.

En el mismo sentido, la Ley N° 19.828 que creó en Chile el SENAMA, señala en su artículo 1 que: “...Para todos los efectos legales, llámase adulto mayor a toda persona que ha cumplido sesenta años.

Denomínase adulto mayor de la cuarta edad a quien ha cumplido ochenta años”.

Al respecto, podemos apreciar que en ambos casos la edad utilizada como parámetro es la misma, no obstante, mediante una modificación legal del año 2019²², se incorporó en la definición de la Ley N° 19.828, la alusión a adulto mayor de la cuarta edad, a la que hace bastante tiempo ya se refería la profesora Lathrop (2009, p. 81), cuestión notable si se quiere establecer una variable diferenciadora basada en la brecha de dos décadas que separa a estas personas de las de tercera edad y que responde al aumento progresivo en la esperanza de vida en nuestro país, que para el año 2035 se proyecta en 83,4 años para ambos sexos (Instituto Nacional de Estadísticas [INE], 2019, p. 8).

4.1.2. Persona mayor que recibe servicios de cuidado a largo plazo.

Prosiguiendo, esta es la segunda definición dada por la Convención, que nos parece importante para este estudio y que precisa que persona mayor que recibe servicios de cuidado a largo plazo es: “Aquella que reside temporal o permanentemente en un establecimiento

¹⁹ Actual reglamento que regula los establecimientos de larga estadía para adultos mayores y que será reemplazado por el Decreto 20 del Ministerio de Salud.

²⁰ El presente decreto entrará en vigencia desde el 1 de abril de 2025 (Artículo 33).

²¹ Art. 2, décima definición.

²² Ley N° 21.144 que modifica la Ley N° 19.828, que crea el SENAMA, para establecer el concepto de cuarta edad.

regulado sea público, privado o mixto, en el que recibe servicios socio-sanitarios integrales de calidad, incluidas las residencias de larga estadía, que brindan estos servicios de atención por tiempo prolongado a la persona mayor, con dependencia moderada o severa que no pueda recibir cuidados en su domicilio”²³.

Si bien el concepto refiere que los servicios sociosanitarios integrales deben ser de calidad, no se determina expresamente lo que impone este estándar. Con todo, en virtud de los principios y de las demás definiciones que se consagran en la Convención, podemos inferir que la expresión “calidad” se utiliza como sinónimo de excelencia, comprendiendo que se busca dar certeza de que se propenderá en todo momento a garantizar el bienestar de quienes sean beneficiarios o destinatarios directos de las prestaciones, proporcionándose un cuidado idóneo a las personas mayores.

4.2. Definiciones de la Ley 21.331.

Por su parte, la Ley 21.331, promulgada en nuestro país durante el año 2021 y entrada en vigor el mismo año -cuyo estudio detallado llevaremos a cabo en nuestro siguiente capítulo- en su artículo 2 nos entrega tres conceptos que deberemos considerar: salud mental, enfermedad o trastorno mental y persona con discapacidad psíquica o intelectual.

4.2.1. Salud mental.

De acuerdo con lo consignado en el referido artículo 2, corresponde a “...un estado de bienestar en el que la persona es consciente de sus propias capacidades, puede realizarlas, puede afrontar las tensiones normales de la vida, trabajar y contribuir a su comunidad...” Agregándose que: “La salud mental está determinada por factores culturales, históricos, socioeconómicos, biológicos y psicológicos, cuya preservación y mejoramiento implica una construcción social esencialmente evolutiva y vinculada a la protección y ejercicio de sus derechos”²⁴.

Expuesto así, sin requerir mayor análisis, aparece de manifiesto que salud mental implica encontrarse bien, hallarse en un estado psíquico que permita a la persona desarrollar funcionalmente su vida.

En términos más generales se afirma que “la salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades” (Organización Mundial de la Salud [OMS], 2022, p. 2), lo que resulta significativo, si observamos que usualmente las personas creen encontrarse sanas siempre que no les aqueje una enfermedad, soslayando los otros aspectos.

4.2.2. Enfermedad o trastorno mental.

²³ Art. 2, undécima definición.

²⁴ Incisos 1 y 2.

Prosiguiendo, según el inciso tercero del artículo que citamos, enfermedad o trastorno mental “es una condición mórbida que presente una determinada persona, afectando en intensidades variables el funcionamiento de la mente, el organismo, la personalidad y la interacción social, en forma transitoria o permanente”.

Al respecto, se ha sostenido que es debatible que el legislador se haya referido a enfermedad o trastorno mental, cuando la tendencia evidenciada en la normativa internacional apuntaría a referirse a personas con deficiencias mentales (Henríquez, 2023, p. 4), en todo caso, como se apreciará en la definición subsecuente, se hace una referencia directa al término deficiencia.

4.2.3. Discapacidad psíquica o intelectual.

En último término, el inciso final del artículo 2 de la Ley, señala que persona con discapacidad psíquica o intelectual “es aquella que, teniendo una o más deficiencias, sea por causas psíquicas o intelectuales, de carácter temporal o permanente, al interactuar con diversas barreras presentes en el entorno, ve impedida o restringida su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”.

En ese sentido, la norma reconoce que la persona que presenta discapacidad en esta esfera, en tanto deba enfrentarse a obstáculos, verá afectado el ejercicio de sus derechos.

4.3. Definiciones de los Decretos 14 y 20 del Ministerio de Salud.

Es particularmente el Decreto que entra en vigencia el 1 de abril de 2025 el que consagra varias definiciones.

4.3.1. ELEAM.

El Decreto N° 14 del Ministerio de Salud, señala en su artículo 2 que “es aquel en que residen personas de 60 años o más que, por motivos biológicos, psicológicos o sociales, requieren de un medio ambiente protegido y cuidados diferenciados que allí reciben. Dichos cuidados tienen por objeto la prevención y mantención de su salud, la mantención y estimulación de su funcionalidad y el reforzamiento de sus capacidades remanentes”.

Mientras que el artículo 2 del Decreto N° 20 de la misma cartera, dispone que “es aquel establecimiento en que residen personas de 60 años o más sin distinción de género, quienes, por motivos biológicos, psicológicos o sociales, desean vivir en un medio ambiente protegido o requieren apoyo o cuidados diferenciados, según corresponda”.

En nuestra perspectiva, la principal diferencia entre ambas definiciones está dada por el hecho de que el decreto actualmente vigente contempla solo la conjetura de que quienes residan en el ELEAM lo hagan porque requieran vivir ahí; mientras que el Decreto N° 20

distingue dos hipótesis, esto es, que la persona quiera vivir ahí o que la persona necesite vivir ahí.

Ciertamente existe un reconocimiento a la voluntad de la persona mayor, partiendo del presupuesto de que pueden desear vivir en tal ambiente, lo que constituye sin lugar a duda una manifestación de su libertad a tomar decisiones. De todas formas, resultará relevante considerar que en la práctica el ingreso a estos establecimientos no solo obedece a la preferencia del adulto, sino que de la mano de la segunda hipótesis se ve plasmado el que aunque no lo deseen pueden requerir vivir ahí, pues la internación en un ELEAM en bastantes ocasiones obedece a medidas cautelares adoptadas por Tribunales de Familia ante la condición de abandono en que se encuentran sumidas algunas personas mayores o en otros tantos casos, puede obedecer más bien a la voluntad y/o necesidad del círculo familiar del internado.

4.3.2. Dependencia.

Este concepto se encuentra asentado solo en el Decreto N° 20, que lo considera como la “Falta o pérdida de capacidad física, psíquica o intelectual de una Persona Mayor para desarrollar por sí misma las actividades básicas de la vida diaria, requiriendo para ello apoyo, asistencia o ayuda de otro”²⁵.

Lo anterior, nos recuerda que la profesora Arenas (2023) sostiene que, así como a los niños, niñas y adolescentes se les reconoce la autonomía progresiva, con las personas mayores se podría dar la situación inversa, es decir, que se reconozca que puede tener lugar una autonomía regresiva sobre aquellos que paulatinamente van perdiendo sus capacidades cognitivas (p. 15).

4.3.3. Niveles de dependencia.

Conceptuado en el Decreto N° 20, se indica que corresponde a la “categorización de los distintos niveles de Dependencia que una Persona Mayor puede presentar, los que consisten en: independencia, dependencia leve, dependencia moderada y dependencia severa, de acuerdo con las orientaciones técnicas aprobadas por resolución del Ministerio de Salud”²⁶.

Como se consigna por el Observatorio del Envejecimiento para un Chile con futuro (2022), la dependencia no es una cualidad propia de la vejez, ya que se puede ser dependiente a cualquier edad. No obstante, es más probable sufrir algún nivel de dependencia a medida que transcurren los años (p. 1).

A continuación, en el segundo capítulo, apreciaremos en qué medida estos conceptos jurídicos son aplicados.

²⁵ Artículo 4, letra e.

²⁶ Artículo 4, letra h.

CAPÍTULO II

HOSPITALIZACIÓN PSIQUIÁTRICA INVOLUNTARIA E INTERNACIÓN EN ELEAM.

El que abordáramos en el capítulo precedente las nociones generales sobre la voluntad y la capacidad, los principios referidos a las personas mayores y a las personas con discapacidad que inspiran las Convenciones internacionales sobre la materia, junto al marco conceptual, nos ha permitido conocer el encuadre global que nos servirá para adentrarnos en el tema de este trabajo, por ende, podemos pasar a estudiar cómo se regulan en nuestro país la hospitalización psiquiátrica involuntaria y la internación en ELEAM, evaluando si se aprecia la voluntad de la persona mayor frente a estas medidas, de ser así, qué consideración se le da, pero fundamentalmente qué valor debería dársele en nuestra opinión.

Como ya lo hemos dicho, nuestra legislación reconoce que los derechos de las personas en la atención de salud mental deben contar con protección, consagrándose especialmente los derechos de las personas con discapacidad psíquica o intelectual y de los usuarios(as) de los servicios de salud mental, pero sin distinguirse, por ejemplo, sobre grupos etarios en torno a las personas que pueden ser sujetos de atención y, por ende, sin definirse expresamente cuál es la consideración que se da a la voluntad de ellos y concretamente de las personas mayores que es lo que particularmente nos interesa.

En ese sentido, ya hemos esbozado que el hecho que nuestra normativa no regule este aspecto implica un problema de trascendencia jurídica, puesto que no se cuenta o no se establecen los procesos mediante los cuales se consultará o recabará la voluntad de la persona mayor envuelta en este contexto, ni tampoco cómo su abogado, en caso de tenerlo, ejercerá su representación, lo que lleva a plantearse diversas interrogantes de índole práctico, sin ir más lejos, viéndonos en la necesidad de pensar en aquellos casos en que más se dificulta la representación de una persona mayor, esto es, cuando ellas no están en condiciones de aportar información, prueba suficiente, o incluso, de emitir su opinión.

Así, dentro del problema, debemos distinguir dos aristas, la primera, dice relación con determinar cómo se hace valer la autonomía de la persona mayor sujeta a una internación involuntaria y, la segunda, cómo ejerce el abogado o curador ad litem de la persona mayor su representación frente a la revisión judicial de esta medida, vale decir, si velará por lo que bajo su perspectiva mejor convenga a su representado en el plano médico en mérito de los antecedentes del caso, o, si debe limitarse a respetar la voluntad de este aun cuando de los antecedentes en determinada situación pudiera parecer lo menos conveniente.

Pues bien, para comenzar, es necesario precisar que la hospitalización psiquiátrica involuntaria y la internación en ELEAM son dos medidas distintas, razón por la cual su estudio será abordado por separado, jugando un rol importante la legislación en la materia.

1.- HOSPITALIZACIÓN PSIQUIÁTRICA INVOLUNTARIA.

Retomando el análisis iniciado en el capítulo I y tal como lo hiciéramos presente ahí, a propósito del marco conceptual de la Ley N° 21.331 referida al reconocimiento y protección de los derechos de las personas en la atención de salud mental, podemos indicar que este cuerpo normativo establece, entre otros aspectos, los principios, requisitos y limitaciones de la internación psiquiátrica, consagrándose especialmente algunos de los derechos de las personas con discapacidad psíquica o intelectual y de las personas usuarias de los servicios de salud mental, lo que en concordancia con la Circular N° 6 de la Subsecretaría de Salud Pública constituye parte importante y esencial de la normativa interna actual sobre la materia.

La referida Ley, señala que: “La hospitalización psiquiátrica es una medida terapéutica excepcional y esencialmente transitoria, que sólo se justifica si garantiza un mayor aporte y beneficios terapéuticos en comparación con el resto de las intervenciones posibles, dentro del entorno familiar, comunitario o social de la persona, con una visión interdisciplinaria y restringida al tiempo estrictamente necesario...”²⁷.

En efecto, su carácter excepcional está dado por el hecho de que la internación involuntaria supone la privación o limitación de la libertad personal de un individuo (Barrera²⁸, 2021, p. 56), tornándose más compleja la situación producto del estado de salud que aqueja a la persona, lo que la diferencia totalmente de una privación de libertad en el ámbito penal y que conlleva en este caso que el propio individuo ignore eventualmente la necesidad de tratamiento que le asiste.

En el mismo sentido se pronuncia la introducción de la Circular N° 6 y el artículo 13 de la Ley que dispone que este tipo de hospitalización afecta la libertad de las personas, y que, por tanto, solo podría aplicarse bajo circunstancias especiales, esto es, que exista una situación de riesgo evidente y próximo para la vida o la integridad del paciente o de terceros, sin que sea posible un tratamiento ambulatorio.

Se refuerza, que “se utiliza en la práctica médica con la finalidad de proteger a los pacientes frente a descompensaciones graves de sus cuadros, las cuales implican riesgo para la integridad de sí mismos o de terceros, con el correspondiente manejo terapéutico hasta su compensación y estabilización” (Rosel et al., 2023, p.4).

Por su parte, la ya aludida Circular N° 6 dispone que “...toda persona que es sujeto de una hospitalización psiquiátrica involuntaria tiene derecho tanto en el traslado clínico como en la hospitalización a ser informado sobre el propósito y finalidad de esta hospitalización, razones que motivan la hospitalización involuntaria, su posible duración, los nombres de los miembros del equipo clínico que están participando del procedimiento y el nombre del establecimiento de salud donde será trasladado o donde se encuentra”.

²⁷ Artículo 11 Ley N° 21.331.

²⁸ Miembro del Royal College of Psychiatrists (Reino Unido), PhD (Universidad de Cambridge), Honorary Senior Clinical Lecturer (Universidad de Oxford), Consultant Psychiatrist (Oxford Health NHS Foundation Trust).

Concordamos con el reconocimiento de estas prerrogativas, ya que para ejercer debidamente el derecho a ser oído un presupuesto básico es encontrarse informado, aunque resulta prudente cuestionarse si efectivamente en un escenario de esta naturaleza todas las personas sujetas de la internación comprenderán lo que se les explique, pues pareciera que en cierto modo se obviara el contexto de vulnerabilidad psíquica que da lugar como tratamiento médico a un mecanismo como este.

Lo anterior, si fue considerado en la Ley 20.584 que regula los derechos y deberes que tienen las personas en relación con acciones vinculadas a su atención en salud, ya que en su artículo 10 se decreta que para el caso que la persona no pueda recibir directamente la información o no la comprenda esta deberá ser comunicada a su representante legal, o en su defecto, a la persona bajo cuyo cuidado se encuentre²⁹.

De todas formas, aquello se condice con lo expuesto por la profesora Lathrop (2009), quien señala que en muchas ocasiones los pacientes institucionalizados, pierden autonomía en el ejercicio de ciertos derechos, por lo que decisiones que deberían ser personalísimas, pasan a ser adoptadas por terceros, ya sean familiares, o funcionarios estatales, valga como ejemplo, médicos, trabajadores de residencias, etc., lo que podría generar una “eutanasia social directa o indirecta” (p. 78).

Tal escenario cobra gran relevancia respecto de las personas mayores, pues como hemos expresado precedentemente en este trabajo, el marco normativo no distingue entre franjas etarias y, como vimos al referirnos al edadismo, los mayores son expuestos a prejuicios y a la minimización de sus opiniones, inquietándonos que pudieran generarse sesgos que, en definitiva, impacten en una hospitalización.

En efecto, tal como decreta el artículo 13 de la Ley, la hospitalización psiquiátrica involuntaria no puede deberse a la condición de discapacidad de una persona, sin embargo, creemos que al menos en el caso de las personas mayores, una eventual discapacidad psíquica o intelectual puede influir negativamente en la consideración de su voluntad.

La profesora Arenas (2023) es crítica del hecho de que nuestro ordenamiento carezca de respuestas eficaces frente a deterioros cognitivos, enfermedades degenerativas y patologías mentales que puedan afectar a las personas mayores, en la medida que prácticamente solo se contempla la interdicción por demencia (p. 15).

Comulgamos con aquel punto de vista, pues claramente la institución de la interdicción en nuestro país, asociada fundamentalmente al ámbito patrimonial, no considera una diferenciación en los grados de autonomía de que podría gozar la persona interdicta o cuya interdicción se solicita, recordemos que no es una institución aplicable exclusivamente a los mayores y, además, en muchos casos, la interdicción por demencia procede respecto de

²⁹ Inciso 2, artículo 10, Ley 20.584: “Cuando la condición de la persona, a juicio de su médico tratante, no le permita recibir la información directamente o padezca de dificultades de entendimiento o se encuentre con alteración de conciencia, la información a que se refiere el inciso anterior será dada a su representante legal, o en su defecto, a la persona bajo cuyo cuidado se encuentre. Sin perjuicio de lo anterior, una vez que haya recuperado la conciencia y la capacidad de comprender, deberá ser informada en los términos indicados en el inciso precedente”.

personas afectadas por enfermedades neurodegenerativas³⁰, lo que precisamente implica que su capacidad disminuirá paulatinamente y no de golpe.

Asimismo, y a propósito del concepto de demencia, el profesor Corral (2011) señala que: “La doctrina chilena ha sostenido que la expresión que utiliza el Código debe entenderse en su sentido amplio o lato que alude a todo tipo de enajenación mental”. Agrega también, que el término “demencia” en el plano del marco normativo de la interdicción tiene un sentido abierto (p. 33).

Expuesto lo anterior, la interdicción por demencia no entrega una solución, no responde al problema jurídico relativo al deterioro cognitivo que trae aparejado consigo a la pérdida de autonomía y que se traduce en afectar la expresión de voluntad de las personas mayores, sobre todo frente a un proceso terapéutico tan invasivo como lo es la hospitalización involuntaria.

A mayor abundamiento, Calahorrano (2021) expresa que Chile está envejeciendo en forma veloz y que por ello: “Uno de los aspectos de mayor relevancia jurídica respecto a las personas mayores ha sido la regulación de la pérdida de la capacidad sobreviniente cuando la persona no ha dado a conocer su voluntad respecto a decisiones relacionadas con su salud” (p.202), lo que se relaciona directamente con el inciso final del artículo 11 de la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores³¹ en la medida que nuestro país no ha cumplido, pese a haber ratificado la Convención, con el compromiso de estatuir un mecanismo para que la persona mayor pueda manifestar explícitamente y con antelación, su opinión en torno a sus eventuales y futuras intervenciones en el ámbito de su atención de salud.

1.1. Tipos de hospitalización psiquiátrica involuntaria.

La Ley 21.331 no clasifica la hospitalización psiquiátrica involuntaria, sin embargo, la Circular N° 6, distingue 3 tipos de hospitalizaciones involuntarias, precisando su flujo procedimental. A saber, regula la hospitalización psiquiátrica involuntaria de urgencia, la hospitalización psiquiátrica involuntaria a partir de una indicación clínica, que surja en el contexto de una atención ambulatoria y la hospitalización psiquiátrica involuntaria solicitada durante una hospitalización voluntaria.

1.1.1. Hospitalización psiquiátrica involuntaria de urgencia.

³⁰ “Las enfermedades neurodegenerativas son un grupo heterogéneo caracterizado por la disminución gradual, progresiva y selectiva de las funciones del sistema nervioso” (Alarcón et al., 2019, p. 277).

³¹ “Los Estados Parte establecerán también un proceso a través del cual la persona mayor pueda manifestar de manera expresa su voluntad anticipada e instrucciones respecto de las intervenciones en materia de atención de la salud, incluidos los cuidados paliativos. En estos casos, esta voluntad anticipada podrá ser expresada, modificada o ampliada en cualquier momento solo por la persona mayor, a través de instrumentos jurídicamente vinculantes, de conformidad con la legislación nacional.

Debe cumplir con los requisitos consignados en el artículo 13 de la Ley 21.331, esto es, que se verifiquen conjuntamente las circunstancias que se sintetizan a continuación y que deberán aparecer en la ficha clínica:

1. Una prescripción o informe médico que recomiende la hospitalización, firmado por dos profesionales de distintas disciplinas, que cuenten con competencias en el área, uno de los cuales siempre deberá ser un médico cirujano, de preferencia psiquiatra, prohibiéndose que los profesionales tengan con la persona una relación de parentesco o interés de algún tipo.
2. Que no exista una alternativa terapéutica menos represiva y más efectiva, ya sea para la salud del paciente o para la protección de terceros.
3. Un informe sobre las acciones de salud implementadas con antelación, si es que las hubiere.
4. Que tenga una finalidad exclusivamente terapéutica.
5. Que se señale expresamente el plazo de la hospitalización involuntaria y el tratamiento a seguir, ya que deberá ser por el menor tiempo posible y de ningún modo indefinida, debiendo internarse al paciente en unidades de hospitalización destinadas al tratamiento intensivo de personas con enfermedad mental, pudiendo ser derivado a otro establecimiento hospitalario de ser necesario.
6. Informar a la autoridad sanitaria competente y a algún pariente o representante de la persona, respecto de la hospitalización involuntaria.

La Circular agrega que será “deseable, pero no obligatorio” incluir informe de solicitud de familiares, vecinos, miembros de la comunidad u otro solicitante, en el que se detallen los riesgos para el paciente o para terceros verificados en los últimos 30 días y que justifiquen la hospitalización psiquiátrica involuntaria.

Con respecto a esta petición cuyo cumplimiento tiene carácter voluntario Barrera (2024) refiere que le resulta preocupante, porque ello no se encuentra establecido en la Ley 21.331 y porque resulta cuestionable desde el punto de vista del debido proceso, someter a la persona a un tribunal de facto por familiares o vecinos, cuando la evaluación del riesgo debiera ser una actuación estrictamente profesional hecha por quienes ordenan la hospitalización involuntaria (p.15).

Por nuestra parte, reafirmamos lo indicado por el autor, pues tal como lo habíamos expresado, nos preocupa que en este campo pudieran existir sesgos que influyan en la hospitalización involuntaria de personas mayores. Por ello estimamos que, en lo que atañe a este punto, la Circular, elimina una garantía mínima de imparcialidad al posibilitar la ponderación de antecedentes que no pueden ser contrastados y que, de hecho, son evacuados por personas que probablemente no sean especialistas en la materia y que además tengan un interés personal en el asunto, cuando más bien debiera tratarse de un proceso eminentemente objetivo que se limite a entregar las pautas para que las instituciones involucradas procedan debidamente.

Prosiguiendo, la Circular dispone que antes de que se cumplan 72 horas contadas desde el inicio de la hospitalización, el médico y el segundo profesional clínico podrán:

a) Extender el alta médica ofreciendo tratamiento ambulatorio, ya sea por criterio clínico o a solicitud y bajo compromiso de familiares del paciente, pese a que mantenga perturbación psicológica y/o conductas riesgosas para sí o para terceros similares a las que motivaron su ingreso, debiendo informarse a la “Autoridad Sanitaria”³².

b) Ofrecer continuar su hospitalización en forma voluntaria, informando de manera inmediata a la Autoridad Sanitaria.

c) Continuar la hospitalización en forma involuntaria, dado que se mantienen los requisitos para ello, debiendo informarse de manera inmediata a la Autoridad Sanitaria, para que ésta pueda informar al Tribunal de Familia sobre la hospitalización involuntaria, solicitando la revisión de la medida.

En nuestra opinión, partiendo de la base que la hospitalización involuntaria de urgencia, era la medida terapéutica idónea, la primera opción (letra a), supone un peligro no solo para la persona dada de alta, sino que también para terceros, además de resultar altamente contradictoria, pues no se contempla en ninguna parte la posibilidad de oír o recabar directamente la opinión del paciente, mientras que sí se garantiza atender la voluntad y compromiso de sus familiares, es decir, no se da ninguna consideración a la voluntad de los sujetos de esta medida, pero sí se da a lo que deseen terceros que ni siquiera están expresamente singularizados en la norma, la que desprolijamente hace referencia a “familiares” sin siquiera establecer limitaciones en cuanto al parentesco.

En el caso de personas mayores, esto tiene más importancia aún, pues podrían verse expuestos, por una parte, a no recibir el tratamiento médico adecuado (insistimos, bajo la óptica de que la hospitalización era fundada) por capricho de sus familiares, con consecuencias que a su edad pudieren resultar irreversibles, o, por otra parte, a que se atente contra su independencia y autonomía, vulnerándose los principios ya estudiados, consagrados en la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores.

1.1.2. Hospitalización psiquiátrica involuntaria a partir de una indicación clínica, que surja en el contexto de una atención ambulatoria.

Al igual que con la internación de urgencia, se requiere cumplir copulativamente con todas las exigencias del artículo 13 de la Ley 21.331, que daremos por reproducidos, pero precisamos que nuevamente la Circular establece que será deseable pero no obligatorio incluir un informe de solicitud de familiar, vecinos u otros, en el que se detallen los riesgos

³² SEREMI DE SALUD.

para la persona o para terceros verificados en los últimos 30 días y que justifiquen la hospitalización psiquiátrica involuntaria.

Una diferencia aparente con la hospitalización de urgencia, dejando fuera la forma de inicio por supuesto, es que en este tipo de hospitalización, a las 72 horas de materializada la internación involuntaria, la Autoridad Sanitaria debe solicitar al Tribunal de Familia que revise la medida en caso de que sea necesario prorrogarla; en cambio, la regulación de la hospitalización de urgencia no establecía un periodo específico para tal gestión, pues sencillamente se limitaba a indicar que luego de que se les informara de la continuidad de la medida (que debía hacerse, por cierto, antes de 72 horas, contadas desde el inicio de la misma), debían informar seguidamente, pero sin precisar plazo alguno, al Tribunal de Familia. No obstante, mencionamos que se trata de una diferencia aparente, pues como veremos, en la sección 9 de la Circular se establecen con mayor determinación los plazos.

1.1.3. Hospitalización psiquiátrica involuntaria solicitada durante una hospitalización voluntaria.

Este tipo de internación tiene lugar cuando una persona que se hubiere hospitalizado de manera voluntaria solicite su alta médica en cualquier etapa del tratamiento³³, estimando el equipo tratante que no se configuran razones para extender el alta, ya sea porque a su juicio la persona constituye un riesgo real e inminente de daño para sí misma o para terceros.

Será necesario en todo caso, que igualmente se cumplan las condiciones previstas en el artículo 13 de la Ley 21.331, debiendo la Autoridad Sanitaria a las 72 horas de materializada la hospitalización involuntaria, en caso de que sea necesario prolongar la medida, solicitar al Tribunal de Familia que se proceda a su revisión.

1.2. Resolución de Hospitalización Psiquiátrica Involuntaria por parte de la SEREMI.

Continuando, en lo concerniente a las hospitalizaciones involuntarias, para Castro (2023), existen inconvenientes con la incorporación del enfoque definido por la Ley 21.331, de derecho y equidad, trato digno y escucha activa entre los equipos de salud mental y los pacientes (p. 2).

Por su parte, Henríquez (2023), precisa que la Ley 21.331 plantea una serie de derechos y deberes en materia de salud mental, que parecen ser instrucciones orientadoras sin claras consecuencias jurídicas en caso de infracción, sumado a que al carecer de un reglamento que precise su aplicación, las normas pierden fuerza y efectividad (p. 4).

³³ Artículo 18 de la Ley 21.331: “La persona hospitalizada bajo su consentimiento podrá en cualquier momento decidir por sí misma el término de su hospitalización. Cuando la hospitalización voluntaria se prolongue por más de treinta días corridos, la Comisión Regional de Protección de los Derechos de las Personas con Enfermedades Mentales y el equipo de salud a cargo deberán comunicarlo de inmediato al Tribunal de Familia competente, para que éste la revise de conformidad al procedimiento establecido en el artículo 14 de la presente ley”.

De acuerdo con la sección 9 de la Circular N° 6, una vez que la Autoridad Sanitaria recibe los antecedentes de la internación involuntaria que se somete a su revisión y, antes de que se cumpla el plazo de 72 horas contadas desde el inicio de ella, deberá resolver sobre su procedencia, para lo cual se solicita que los equipos de salud envíen el informe respectivo en un plazo máximo de 48 horas contados desde el inicio de la hospitalización psiquiátrica involuntaria.

En esta revisión la SEREMI podrá:

- Aprobar la solicitud, emitiendo la resolución al establecimiento que lo solicita, al gestor del Servicio de Salud y al hospital donde se indica la internación, cualquiera fuere el tipo de hospitalización involuntaria de que se trate.
- Rechazar la solicitud por no cumplir con los requisitos, emitiendo resolución al establecimiento que lo solicita.
- Solicitar más antecedentes al establecimiento que envió la solicitud, el que deberá complementarla a la brevedad para permitir a la Autoridad resolver en forma previa al cumplimiento del plazo de 72 horas. Si no se obtiene respuesta, el caso se someterá a consulta al gestor de red del Servicio de Salud; en caso de no aportarse la información requerida, se emitirá resolución de rechazo o bien, cumplidas las 72 horas contadas desde el inicio de la hospitalización psiquiátrica involuntaria, informará al Tribunal de Familia solicitando su revisión.

Como puede apreciarse, hasta ahora, no se ha consagrado en forma alguna el derecho a ser oído de la persona internada.

1.3. Acciones durante la hospitalización psiquiátrica involuntaria.

La sección 12 de la Circular, decreta que “durante el tratamiento se debe evaluar regularmente si persisten todas las condiciones que hicieron necesaria la hospitalización involuntaria. De mantenerse, cumplidos los 30 días, la persona deberá ser reevaluada idealmente con la opinión de otro médico”, es decir, no se exige, sino que se recomienda la opinión de otro médico para determinar si procede o no la prórroga de la hospitalización involuntaria por periodos iguales y sucesivos.

No está demás, enfatizar que en esta fase tampoco se establece el mecanismo mediante el cual se consultará la opinión de la persona mayor sujeta a esta medida.

Para Barrera (2024), resulta inadecuado que la prescripción de una hospitalización involuntaria se dé por 30 días, ya que carece de sustento en la práctica clínica, sobre todo porque los estados clínicos psiquiátricos son por esencia cambiantes, de tal suerte que sugiere que dicha recomendación tenga como máximo una validez de 7 días corridos (p. 16).

Por otro lado, se ha sostenido que cuestiones como restricciones a la libertad, control físico y psicofarmacológico que son parte de estas internaciones, resultan evaluadas negativamente por los pacientes en tratamiento psiquiátrico (Castro, 2023, p. 5).

1.4. Revisión del Tribunal de Familia a las hospitalizaciones involuntarias.

Barrera (2021) manifiesta que los tratados internacionales suscritos por Chile imponen al Estado la obligación, frente a la privación de libertad de una persona, de garantizar a los sujetos despojados de este derecho, el acceso oportuno a una revisión judicial independiente (p. 56), que no es otra cosa que la clara manifestación del debido proceso legal.

En virtud de lo dispuesto en el artículo 14 de la Ley 21.331, en relación con la sección 6 de la Circular, cuando se recurre al Tribunal de Familia por parte de la SEREMI, el juez tendrá un plazo de tres días hábiles contados desde la presentación de la solicitud, para resolver si los requisitos legales de la hospitalización psiquiátrica involuntaria se cumplen o no, pudiendo, dentro del mismo plazo, requerir informes complementarios a los profesionales tratantes, quienes deberán contestar dentro del término de cinco días hábiles.

Se estatuye, asimismo, que cada 30 días corridos, contados desde la última revisión efectuada por el Tribunal de Familia, y siempre que el equipo médico tratante quisiera prorrogar la hospitalización psiquiátrica involuntaria, deberá enviar al Tribunal, dentro de las 24 horas siguientes al cumplimiento del plazo, una actualización de los antecedentes.

No obstante, resulta particularmente difícil que un Tribunal de Familia cumpla con pronunciarse sobre la legalidad y prórroga de una hospitalización psiquiátrica involuntaria dentro del plazo dado, debido a que por regla general poseen agendas de audiencias preestablecidas de acuerdo con su carga de trabajo que en ocasiones no permiten programar nuevas audiencias, lo que se traduce en que los jueces resuelvan fuera del término contemplado en la norma.

Lo que mencionamos, podrá apreciarse en las actas de audiencias preparatorias que a modo ejemplar acompañaremos como anexos al presente trabajo, en las que consta que el tribunal falla sobre la legalidad de la hospitalización involuntaria días después de que el paciente ya se encuentre con alta médica³⁴, por tanto, de haberse requerido efectivamente la prórroga de la medida, la persona se habría encontrado en un estado de incertidumbre, acrecentado en

³⁴ Véase:

- Acta de audiencia preparatoria de protección de salud mental forzosa, en causa RIT: S-10-2024, **acompañada como Anexo 1.**
- Acta de audiencia preparatoria de protección de salud mental forzosa, en causa RIT: S-55-2023, **acompañada como Anexo 2.**
- Acta de audiencia preparatoria de protección de salud mental forzosa, en causa RIT: S-53-2023, **acompañada como Anexo 3.**

personas mayores, dada la celeridad con la que generalmente se deben ejecutar las acciones en resguardo de su salud.

En este orden de ideas, el artículo 15 de la Ley 21.331 reconoce que la persona hospitalizada involuntariamente o su representante legal, tienen derecho a designar uno o más abogados de su confianza y, que para el caso de que no lo tuvieran, el juez procederá a hacerlo antes de la primera audiencia a que fuere citada la persona hospitalizada involuntariamente. Si ésta se encontrare privada de libertad, cualquier persona podrá proponer para aquélla un abogado determinado, o bien solicitar al Tribunal de Familia competente (de aquel lugar en donde se encuentra hospitalizada la persona).

En perspectiva de Rosel et al. (2023), la ley considera el derecho de la persona hospitalizada involuntariamente o su representante legal a designar uno o más abogados, en lo que ciertamente estamos de acuerdo dada la regulación expresa del artículo 15. Sin embargo, asegura que no se contempla la posibilidad de designar un curador ad litem, cuya ausencia estiman como determinante, porque la voluntad del representante legal no necesariamente es coincidente con la de su representado (p. 502).

Al respecto, nuestra opinión encaja de manera parcial con lo que ellos sostienen, pues parten de la hipótesis que quien designará al abogado es siempre el representante legal del paciente y no él mismo, en segundo lugar, efectivamente el curador ad litem se erige como una figura de gran relevancia en muchos procedimientos judiciales de Familia, en los que intervienen niños, niñas, adolescentes o incapaces, no obstante, esperar su designación a todo evento en esta materia, que, por lo demás es atribución del juez, implicaría suponer que siempre nos encontraremos en presencia de un incapaz, cuando ello no es así, pudiendo la hospitalización involuntaria tener lugar respecto de personas absolutamente capaces. Sí creemos, de todas formas, que, con un afán cautelar, el juez puede designar un curador ad litem para representar a una persona capaz sobre la que existan dudas al respecto, pero esclarecida su situación más allá de la presunción legal de capacidad, quien hubiere sido designado por el tribunal como curador ad litem debe asumir la representación de su cliente como lo haría cualquier abogado y lo que lo diferenciaría en su rol, serían probablemente solo cuestiones formales, tales como existencia o no de honorarios, posibilidad de requerir prueba de instituciones estatales en forma gratuita, entre otras.

En la práctica, los tribunales cuando deben dar revisión a hospitalizaciones involuntarias, suelen designar curador ad litem, tal como aparece en las actas de audiencias ya referidas, acompañadas como anexos 1 y 2.

1.5. Cese de la hospitalización psiquiátrica involuntaria.

La sección 14 de la Circular N° 6, aborda el cese de la hospitalización involuntaria y, por ende, las causales que dan origen a la misma.

Se prevé, que la SEREMI de Salud emita una resolución ordenando el cese de la hospitalización psiquiátrica involuntaria en las siguientes hipótesis:

- Que la persona continúe hospitalizada en forma voluntaria (no requiere mayor explicación toda vez que supone que es el propio paciente quien desea de forma espontánea continuar con su terapia en internamiento).
- Que se dé el alta hospitalaria.
- Que el paciente abandone el lugar de hospitalización.
- Que el paciente fallezca durante la hospitalización involuntaria (tampoco reviste mayor análisis dado que como es natural no podría mantenerse vigente en forma alguna una hospitalización en tal situación).

En cualquiera de estos escenarios, se deberá informar al Tribunal de Familia que eventualmente hubiere revisado la hospitalización psiquiátrica involuntaria. Pasemos a abordar un poco más en detalle este asunto:

1.5.1. Cese por Alta Hospitalaria

En términos sencillos, la hospitalización involuntaria debe cesar cuando cualquiera de las condiciones que la hicieron necesaria dejen de estar presentes, recordemos que en virtud del artículo 13 de la Ley, los requisitos son copulativos, por ende, no es necesario que la salud de la persona se encuentre plenamente restablecida para darle de alta, pudiendo continuarse en forma ambulatoria con su tratamiento, o, incluso, mediante la hospitalización voluntaria.

Ahora bien, se establece, siguiendo lo dispuesto por el artículo 16 de la Ley 21.331, que el equipo de salud tiene la facultad de dar el alta o permiso de salida, precisándose eso sí, que apenas cese la situación de riesgo cierto e inminente para el paciente o para terceros, que dio origen a la internación, deberá ofrecerse a la persona continuar con su hospitalización en forma voluntaria o bien emitir su alta hospitalaria, situación deberá informarse a la SEREMI de Salud y a algún pariente o representante de la persona.

Es menester mencionar, que la Circular estipula que, si se da la situación de que el médico que realiza la evaluación al momento del ingreso rechaza la entrada antes de que la persona pernocte en la unidad de hospitalización, se entenderá que esta no se materializó.

Nos parece particularmente compleja esta última situación en el caso de personas mayores, pues entendemos que se verían expuestas a eventuales vacilaciones del equipo médico, ya que, por una parte, se habría prescrito por la dupla de profesionales la internación involuntaria y, por otra, el profesional que estaría encargado del ingreso de la persona puede evitar que se produzca la misma, rechazándola.

1.5.2. Cese en caso de abandono no Autorizado.

Si la persona abandonare la unidad en que se encuentra internada sin autorización, se deberá notificar inmediatamente a la autoridad sanitaria y al Tribunal de Familia que eventualmente hubiere revisado la hospitalización psiquiátrica involuntaria, informándose además a la

familia o persona más cercana del paciente, así como también al equipo de salud mental de atención ambulatoria o al equipo de especialidad existente más cercano al lugar de residencia de la persona para asegurar la continuidad de sus cuidados.

En cualquier caso, y esto es de suma importancia, si se evalúa que este abandono conlleva un riesgo real o inminente para la persona o para terceros, se podrá dar aviso a la autoridad policial, pero si no fuera así el equipo médico deberá evaluar la pertinencia de revincular a la persona para continuar la hospitalización, o bien proceder al alta médica.

Nos parece que la redacción de la norma es desafortunada, pues se concluye que, si se estimara que el abandono de la persona internada supone un riesgo, será facultativo y no obligatorio informar a la policía.

La Circular también dispone que desde el momento que se abandonará el recinto hospitalario, se detendrá la cuenta de los días hospitalizados, la cual se retomará al volver a reingresar.

Dicha posibilidad para nosotros supone un sin sentido, porque no considera los cambios a nivel clínico que pudieren haberse producido en esos días ya fuere por avances o retrocesos y más aún como precisa Barrera (2024), esto conlleva una extensión de la “detención” sin que siquiera la Ley contemple esta posibilidad, por lo que malamente podría hacerlo la Circular.

Si se logra el reingreso de la persona a la hospitalización, se informará a la SEREMI de Salud y al Tribunal de Familia. Para efectos del cómputo de 30 días, para el informe de renovación de la hospitalización involuntaria si procede, se abonarán los días de hospitalización previos al abandono del establecimiento.

Si transcurren 30 días desde que la persona hace abandono del establecimiento, no podrá ser nuevamente hospitalizada sin una nueva evaluación médica.

1.5.3. Cese en caso de fallecimiento durante la hospitalización involuntaria.

Se establece como formalidad que, si se produjera el fallecimiento del paciente, debe notificarse de inmediato a la Autoridad Sanitaria y al Tribunal de Familia que revisó la hospitalización psiquiátrica involuntaria, además de a la familia o persona más cercana y equipo de salud mental referente del caso en la atención ambulatoria.

1.5.4 Cese por orden del Tribunal de Familia competente.

Se estipula que, en cualquier momento, en la medida que no se cumplan los requisitos legales contemplados en el artículo 13 de la Ley, el juez de Familia podrá disponer el alta hospitalaria inmediata.

Para terminar, cabe hacer presente, que tanto la Ley 21.331 y la Circular N° 6, han recibido críticas. Además de las que ya hemos señalado, se sostiene por Henríquez (2023) que no se

puede afirmar que la Ley “reconoce y protege” los derechos de las personas en materia de salud mental, toda vez que no mantiene perspectiva de género, no alude a la situación de los niños, niñas y adolescentes, “limitándose a realizar remisiones y reiteraciones de derechos mejor protegidos en otros cuerpos normativos” (p. 16).

Para nosotros este aspecto, resulta esencial, pues hemos podido constatar que la normativa interna vigente a la fecha de esta investigación no contempla las particularidades de los pacientes según su edad, por ende, no hay un enfoque preciso en cuanto a las personas mayores; tampoco se establecen los mecanismos mediante los cuales se consultará la opinión de la persona mayor, toda vez que ni siquiera se consagra explícitamente la posibilidad de que sean oídos, siendo la revisión judicial de la medida un resguardo mínimo para cautelar la legalidad e imparcialidad de las determinaciones médicas. En cuanto a esto, no podemos obviar que las personas mayores y toda persona en el contexto de una hospitalización involuntaria debería poder expresar su opinión, y participar en su plan de cuidados.

Después de todo, la misma Ley 21.331 reconoce que las personas tienen derecho a ejercer el consentimiento libre e informado respecto a los tratamientos terapéuticos que les sean propuestos, el problema es que este reconocimiento teórico en situaciones gravosas como aquellas que requieren que se determine la hospitalización involuntaria difícilmente tiene aplicación concreta.

2.- INTERNACIÓN EN ELEAM

En lo que atañe al Decreto 20 del Ministerio de Salud, que aprueba el Reglamento de Establecimientos de Larga Estadía para Personas Mayores (ELEAM), cuya entrada en vigencia estaba prevista para el 1 de octubre de 2023, pero fue diferida para el 1 de abril de 2025³⁵, cabe recordar, como hiciéramos presente en el capítulo anterior, que se dan dos hipótesis frente a la posibilidad de un ingreso al Establecimiento.

Al respecto, veíamos el reconocimiento que se da a la voluntad de la persona mayor, partiendo del presupuesto de que puede desear vivir en tal ambiente, pero también nos referíamos a la posibilidad de que más bien requiriesen o necesitasen vivir ahí.

En esta línea, desde el área de la sociología, encontramos que se sostiene que el envejecimiento en Chile está atravesado por desigualdades múltiples, aunque la vejez constituiría por sí misma una categoría productora de desigualdad persistente que permea otras desigualdades (Ortega, 2018, p.225).

Lo anterior no puede desconocerse, pues claramente con independencia de la edad, hay circunstancias que repercuten de manera distinta en la vida de los mayores según el contexto en el que se desenvuelvan cotidianamente, debiendo tenerse muy presente los aspectos que abordamos sobre el edadismo.

³⁵ Decreto 23 Prorroga vigencia y modifica Decreto Supremo N° 20, de 2021, del Ministerio de Salud.

Como señala Cunill y Leyton (2018) los Establecimientos de Larga Estadía se crearon en 2007 para otorgar cuidado especializado a adultos de 60 años o más que presentaran algún grado de dependencia, pero que se encontraran dentro del 60% de menores ingresos del país (p. 29).

Ahora, el Decreto 20 al reglar la solicitud de autorización sanitaria para el funcionamiento de un ELEAM, entre otras cosas, exige que la solicitud cumpla con un Protocolo de ingreso y egreso, que contemple un consentimiento voluntario de ingreso. En efecto, el artículo 24 estipula que la persona mayor deberá manifestar su voluntad libre y expresa de ingresar a un Establecimiento y en caso de que ello no fuere posible será necesario que manifieste esa voluntad su representante legal.

Sin perjuicio de lo anterior, en torno a las internaciones, el Comité para la Prevención de la Tortura ([CPT], 2021) en su diagnóstico de caracterización y vulneraciones a los derechos humanos en el área de salud mental, expresa que existe preocupación por la ausencia de contacto con el mundo exterior y limitadas actividades que faciliten este contacto, levantándose la alerta, además, “en la permanencia de personas en situación de discapacidad en instituciones de larga estadía” (p.25).

Prosiguiendo, es posible observar que nuestros Tribunales de Familia también decretan ingresos a los ELEAM, frente a situaciones de vulnerabilidad, con el carácter de medida cautelar. Según el Instituto Nacional de Derechos Humanos ([INDH], 2018) de acuerdo con la información que pudieron recabar en el grueso de las instituciones, hay una mayor prevalencia de ingreso de varones, considerándose como una de las causas que “mayor cantidad de hombres se encuentran en situación de calle y son derivados al ELEAM por el tribunal de familia” (p. 186).

Más aún, en causas de VIF, por aplicación de lo dispuesto en el artículo 7 de la Ley 20.066, cuando el tribunal estime que existe una situación de riesgo inminente para una o más personas de sufrir un maltrato constitutivo de violencia intrafamiliar, con el solo mérito de la denuncia, deberá adoptar las medidas de protección o cautelares que correspondan, lo que entrega un amplio abanico de posibilidades al juez, pues no se fija un listado taxativo.

Particularmente importante es que el mismo artículo 7 en su numeral 4, decreta que “Se considerará especialmente como situación de riesgo inminente 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, por algunos de los parientes señalados en el artículo 5^o”³⁶.

En el mismo sentido, más precisos resultan los dos incisos finales del artículo 92 de la Ley 19.968 que dispone que “Tratándose de adultos mayores en situación de abandono, el tribunal

³⁶ 1. Cónyuge o conviviente civil.

2. Conviviente.

3. Pareja de carácter sentimental o sexual sin convivencia.

4. Padre o madre de un hijo o hija en común.

5. Pariente por consanguinidad o afinidad en toda la línea recta o en la colateral hasta el tercer grado inclusive de quien agrade.

podrá decretar la internación del afectado en alguno de los hogares o instituciones reconocidos por la autoridad competente.

Para estos efectos, se entenderá por situación de abandono el desamparo que afecte a un adulto mayor que requiera de cuidados”.

En efecto, los tribunales de Familia no solo decretan la internación en un ELEAM frente a situaciones de violencia física, sino que generalmente también ante situaciones de grave abandono, que no se dan solo en personas en situación de calle.

Lamentablemente se ha constatado que la oferta de cupos en ELEAM es escasa, y en ocasiones los ingresos no resultan lo expedito que se esperaría (Diario La Tercera, 2023).

3. FALTA DE PARTICIPACIÓN EN LA DECISIÓN DE INTERNACIÓN.

Habiendo llegado a este punto, hemos podido observar cómo es que, pese a que en nuestro ordenamiento jurídico se consagran los derechos de las personas en la atención de salud mental, no se garantiza en forma alguna su participación o el ejercicio de su derecho a ser oído frente a la imposición de una hospitalización psiquiátrica involuntaria.

En efecto, tanto la Ley 21.331, como la Circular N° 6 del Ministerio de Salud que regulan esta medida terapéutica, omiten referirse al derecho a ser oído de las personas mayores, razón por la que tampoco se establecen mecanismos para conocer su voluntad, y menos, existen pautas para ponderarla.

Indudablemente puede tratarse de un tema controvertido, porque podría estimarse que tal como su nombre lo indica, resulta evidente que nos encontraremos de cara a una medida forzosa en virtud de la cual carecería de sentido tratar de conocer la voluntad del paciente, no obstante, creemos que consagrar esta prerrogativa es un presupuesto básico para reconocer efectivamente a las personas mayores su calidad de sujetos de derecho y, por ende, de individuos con los mismos derechos que los demás.

En consecuencia, estimamos que el ejercicio del derecho a ser oído debería estar garantizado a todo evento en nuestro ordenamiento jurídico, aun frente a estas medidas terapéuticas, cuestión distinta es que la persona mayor sujeto de una hospitalización no quiera o no pueda ejercer esta facultad por sí misma, circunstancia en la que debería poder valerse del apoyo de un tercero que asuma su representación.

Serio también resulta, que la Circular N° 6 que únicamente debería instruir sobre el proceso de hospitalización involuntaria, contemple la posibilidad de que, oídos los familiares del paciente se extienda el alta médica aun cuando mantenga perturbaciones psicológicas y/o conductas riesgosas para sí o para terceros.

Al respecto, como lo hemos hecho presente (asumiendo que el equipo médico actuó correctamente al prescribir la hospitalización involuntaria), permitir el alta a solicitud de terceros, cuando ni siquiera se ha consagrado el deber de tomar conocimiento de la voluntad

del paciente primero, supone un peligro no solo para la persona mayor dada de alta, sino que también para terceros, resultando del todo cuestionable que la Circular sobrepase el contorno normativo que fijara la Ley.

Encima, lo anterior supone, además, una complicación que podría resultar vulneradora para las personas mayores, quienes estarían expuestas a no recibir el tratamiento médico adecuado, únicamente como consecuencia de la petición de alta hospitalaria efectuada por sus familiares, con los efectos a nivel de salud, tal vez permanentes, que eso pudiere producir.

De esta manera de poco sirve que se reconozca la independencia, protagonismo y autonomía de la persona mayor, si frente a una situación tan gravosa, no existen mecanismos que permitan tener un enfoque diferencial para que puedan gozar plenamente de las prerrogativas que se les reconocen.

Por lo anterior, la revisión de la medida terapéutica por parte del Tribunal de Familia constituye a nuestro juicio, la única muestra de garantía para la participación de la persona mayor sujeta a esta medida.

En lo que atañe a la medida cautelar de internación en ELEAM, la situación es diversa, pues al menos en el plano legal si se reconoce el derecho de participación de la persona mayor y se considera, por tanto, su voluntad. No obstante, puede ser perfectible, razón por la que, a continuación, pasaremos a referirnos a este tópico junto a la revisión que realiza el Tribunal de Familia a la hospitalización involuntaria.

4. MECANISMOS IMPERFECTOS PARA LA VINCULACIÓN CON EL PROCESO Y REPRESENTACIÓN JUDICIAL DE LA PERSONA MAYOR.

A propósito de la hospitalización psiquiátrica involuntaria, como hemos estudiado, el Tribunal de Familia competente, podría en forma contingente conocer del proceso para pronunciarse sobre la prórroga de esta medida terapéutica y, por ende, de su legalidad.

En ese contexto, si bien se contempla en la Ley 21.331 la posibilidad de que la persona mayor sea citada a la audiencia en que se revisará la medida, así como la posibilidad de que designe un abogado para que le represente en esta fase, que son muestras de reconocimiento a su vinculación con el proceso, no se establecen pautas siquiera básicas que aseguren un correcto ejercicio y goce de estos derechos.

Respecto a ello, no se resguarda que la persona mayor pueda tener contacto con su abogado antes de la audiencia, requisito mínimo para que se conozcan y que el letrado pueda tratar de ejercer una debida representación que asegure la bilateralidad de la audiencia, la igualdad de armas procesales y que permita, asimismo, que se conozca por sobre todo su interés manifiesto, es decir, la voluntad de la persona mayor, a fin de que pueda ponderarse aun cuando el juez resolviera en un sentido diverso al querido por ella o aun cuando quien

ejerciere su representación detente el cargo de curador ad litem y pudiera no coincidir con la postura de su representado.

Entendemos que las circunstancias que rodean esta medida difieren de la forma como habitualmente se conviene una relación profesional “cliente/usuario - abogado” y están dadas precisamente por la compleja situación que se encuentra atravesando la persona mayor.

Así, pese a que pudiere darse el caso de que una persona mayor no quiera participar activamente del proceso de revisión de la medida, que no quiera conocer a su abogado, que no desee exponer su opinión ante él y proporcionarle antecedentes básicos para toda defensa judicial, es necesario que se encuentren consagradas estas facultades que resultan mínimas, pues no se puede soslayar que incluso cuando la persona mayor no quiera manifestar su voluntad tiene derecho a estar informado, a que su abogado le explique en términos sencillos la situación jurídica que atraviesa.

Misma opinión sostenemos para el caso de que la persona en vez de no querer no pueda dar a conocer su voluntad por ningún medio.

Ahora, en lo que respecta a la medida cautelar de internación en ELEAM, en el plano legal se reconoce que la persona mayor debe otorgar su consentimiento para el ingreso a un establecimiento, no obstante, esta prerrogativa al menos, en principio, está pensada para el ingreso totalmente voluntario a un ELEAM y no para el ingreso solicitado por familiares u ordenado por derivación judicial.

En efecto, no se regula cómo la persona mayor frente a la decisión de sus familiares puede manifestar su opinión, ejerciendo su derecho a ser oída en forma privada, a fin de que no existan presiones de ningún tipo y, por su parte, tampoco se explicita cómo es que podría ejercer su derecho a ser oída directamente frente a un tribunal, toda vez que la internación por decisión judicial obedece a situaciones que son altamente delicadas, razón por la que en muchas ocasiones la persona mayor ni siquiera comparece a las audiencias y no entiende lo que conlleva un procedimiento judicial en el que probablemente será representada por un abogado al que no conoce y con quien eventualmente tampoco tendrá la oportunidad de conversar.

Podrá apreciarse lo anteriormente expuesto en las resoluciones dictadas por las Ilustrísimas Cortes de Apelaciones de Santiago y de San Miguel, acompañadas a esta presentación como anexos 4 y 5.

CONCLUSIONES

A lo largo del presente trabajo, ha quedado en evidencia que, pese a que la medida terapéutica de hospitalización psiquiátrica involuntaria y la medida cautelar de internación en un ELEAM conlleven el internamiento de una persona, se diferencian en varios aspectos, entre ellos, el que la hospitalización involuntaria pueda decretarse respecto de cualquier persona independientemente de su edad, mientras que la internación en un ELEAM solo podrá tener lugar sobre personas mayores.

Asimismo, se ha verificado que ambas medidas regulan en forma distinta la consideración que se da a la voluntad de la persona mayor.

En efecto, hemos podido observar que aun cuando los mecanismos son perfectibles, en materia de internación en ELEAM se valoriza la voluntad de la persona mayor a fin de que entregue su consentimiento frente al ingreso a una residencia y la excepción a ello se verifica cuando no puede expresar su voluntad por sí misma y el ingreso es solicitado por familiares o en casos más extremos cuando el ingreso es decretado por un Tribunal de Familia precisamente con un afán cautelar de cara a una situación de abandono.

En cuanto a la hospitalización psiquiátrica involuntaria, podemos afirmar tal como lo expresamos en la introducción de este trabajo, que nuestra legislación reconoce que los derechos de las personas en la atención de salud mental deben contar con protección, consagrando especialmente los derechos de aquellos sujetos con discapacidad psíquica o intelectual y de los usuarios(as) de los servicios de salud mental, pero sin distinguirse periodos etarios que puedan dar lugar a un enfoque diferencial para el goce efectivo de los derechos de la persona mayor, que es precisamente uno de los principios consagrados por la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores.

En ese sentido, se ha podido constatar también que, tanto la Ley 21.331, como la Circular N° 6 del Ministerio de Salud que regulan esta medida terapéutica se abstienen de referirse al derecho a ser oído de las personas mayores, por lo que tampoco establecen mecanismos para conocer su voluntad, y menos aún fijan pautas para ponderarla.

Lo anterior ciertamente configura un problema de trascendencia jurídica, pues implica desconocer la calidad de sujetos de derecho que tienen las personas mayores, privándoles de su autonomía, de la posibilidad de expresar su parecer frente a una medida tan gravosa como lo es una hospitalización involuntaria, cuando incluso, personas imputadas en materia penal, que también se encuentran privadas de libertad, tienen la posibilidad de ser oídas.

No pretendemos desconocer que las circunstancias que rodean la determinación de proceder con una medida cautelar de este tipo son especiales y tampoco pasamos por alto que se trata de un asunto controvertido, en tanto que como su nombre lo indica, estamos en presencia de una medida forzosa en mérito de la que podría estimarse que carece de sentido tratar de conocer la voluntad del paciente. Sin embargo, el derecho a ser oído es un presupuesto básico del debido proceso legal, razón por la que debería consagrarse explícitamente, aun frente a

estas medidas terapéuticas, independientemente de que la persona mayor sujeto de una hospitalización no quiera o no pueda ejercer este derecho por sí misma.

Al respecto, ha quedado de manifiesto que, la revisión de la hospitalización involuntaria por parte del Tribunal de Familia competente, constituye la única muestra de reconocimiento para la participación de la persona mayor sujeta a esta medida, no obstante, no se garantiza debidamente su acceso a la justicia, su derecho al debido proceso legal y, en definitiva, la tutela judicial efectiva, ya que ni siquiera se garantiza la posibilidad de que la persona mayor pueda entrevistarse con su abogado antes de la audiencia, que como ya dijimos, es un elemento básico para que el abogado pueda tratar de ejercer una debida representación que asegure la bilateralidad de la audiencia y que permita conocer la voluntad de la persona mayor aun cuando no sea decisoria.

En el mismo sentido, reafirmamos que aún frente a la hipótesis de que una persona mayor no quiera participar activamente del proceso de revisión de la hospitalización involuntaria, que pese a que no quiera conocer a su abogado, que no desee exponer su opinión ante él y proporcionarle antecedentes para preparar su trabajo, es necesario que se consagren estas facultades que resultan mínimas, porque incluso cuando la persona mayor no quiera manifestar su voluntad tiene derecho a estar informada, a que su abogado le explique en términos sencillos la situación jurídica que atraviesa, mismo punto de vista sostenemos frente a la posibilidad de que la persona mayor en vez de no querer, no pueda dar a conocer su voluntad por ningún medio.

En la misma línea, hemos podido constatar que la participación de los abogados de la persona mayor se limita a la fase de revisión de la medida por parte del Tribunal de Familia, por tanto, no es posible constatar cómo ejercen su representación, dada la reserva de las causas judiciales en este campo, conteniendo las actas de audiencias un mero resumen de las actuaciones ejecutadas.

Así las cosas, nos parece fundamental para entregar garantías efectivas para un proceso justo que, a pesar de que pudiere no resultar determinante para la imposición y el desarrollo de la medida terapéutica, se valore, se considere la voluntad de la persona mayor y, por tanto, se consagre expresamente su derecho a ser oída.

Lamentablemente, estimamos que el problema del edadismo, tan arraigado en forma inconsciente en nuestra sociedad estanca cualquier posibilidad de avance en la materia, de hecho, evidenciamos que el asistencialismo de nuestra regulación normativa, por la no comprensión del problema, entrapa el que se logre efectivamente avanzar hacia el reconocimiento real y absoluto de las personas mayores como sujetos de derechos.

En este contexto, idóneo sería que en materia de legislación y de políticas públicas se conciba que las personas mayores pueden contar con diversos grados de autonomía en el ejercicio de sus derechos, por lo que solo nos queda, para finalizar, sugerir la posibilidad de que se implementen modificaciones legales serias, en orden a armonizar nuestra normativa con la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores que debería suponer una base mínima sobre la que comenzar a legislar.

REFERENCIAS

Referencias bibliográficas:

- Alarcón-Aguilar, Adriana, Maycotte-González, Paola, Cortés-Hernández, Paulina, López-Diazguerrero, Norma Edith, & Königsberg, Mina. (2019). *Dinámica mitocondrial en las enfermedades neurodegenerativas*. Gaceta médica de México, 155(3), 11. Epub 01 de julio de 2021. <https://doi.org/10.24875/gmm.18004337>
- Arenas Paredes, Jessica. (2023). *Derechos de las personas mayores*. Santiago, Chile: Academia Judicial de Chile, Ed. Tipográfica. <https://academiajudicial.cl/wp-content/uploads/2024/02/MD62-Derechos-de-las-personas-mayores.pdf>
- Barcia Lehmann, Rodrigo. (2007). *Lecciones de Derecho Civil Chileno. Tomo I. Del Acto Jurídico*. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- Barrera P., Álvaro. (2024). *Análisis crítico de la Circular 6 del Ministerio de Salud, que reglamenta la hospitalización psiquiátrica involuntaria*. Cuadernos Médico Sociales, 64(1), 11–19. <https://doi.org/10.56116/cms.v64.n1.2024.1822>
- Barrera P., Álvaro. (2021). *Toda ley de Salud Mental debe legislar sobre la hospitalización involuntaria, o no será efectiva*. Cuadernos Médico Sociales, 61(1), 55–59. <https://doi.org/10.56116/cms.v61.n1.2021.25>
- Calahorrano Latorre, Edison. (2021). *La planificación anticipada del cuidado en salud: alternativa de regulación para Chile desde el derecho comparado y la Convención Interamericana para la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores*. Revista de Derecho Privado, (40), 201-233. Epub February 08, 2021. <https://doi.org/10.18601/01234366.n40.08>
- Camus, Pablo. (1993). *Filantropía, medicina y locura: la Casa de Orates de Santiago*. Revista de Historia N° 27, pp. 89 a 140. Recuperado de <https://repositorio.uc.cl/handle/11534/9494>
- Castro, Manuel Alejandro. (2023). *Coerción en las hospitalizaciones psiquiátricas en Chile: El sufrimiento de la locura en el siglo XXI*. Salud Colectiva v. 19, <https://doi.org/10.18294/sc.2023.4349>
- Comité para la Prevención de la Tortura (2021). *Resumen Ejecutivo del Informe Diagnóstico de caracterización y vulneraciones a los derechos humanos en el área de Personas Mayores*. Santiago, Chile. <https://mnpt.cl/wp-content/uploads/2022/03/Resumen-Ejecutivo-Area-Personas-Mayores-1.pdf>
- Corral Talciani, Hernan. (2018). *Curso de Derecho Civil, parte general* (1a. ed.). Santiago, Chile: Thomson Reuters.
- Corral Talciani, Hernán. (2011). *Interdicción de personas que sufren trastorno de dependencia a la cocaína*. Revista de Derecho (Valdivia), 24(2), 31-64. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502011000200002>

- Cunil-Grau, Nuria, & Leyton, Cristian. (2018). *Una nueva mirada al enfoque de derechos. Aportes al debate a partir de los servicios de cuidado para personas mayores en Chile*. Revista Latinoamericana de Derecho Social, (27), 23-57. <https://doi.org/10.22201/ij.24487899e.2018.27.12529>
- Dirección de Asuntos Internacionales y Derechos Humanos Corte Suprema de Chile. (2021). *Protocolo de Acceso a la Justicia de Personas Mayores*. <https://servicios.pjud.cl/TestProtocoloPersonasMayores16-04-21.pdf>
- Espinoza, Catalina. (4 de mayo de 2023). *En busca de ayuda del gobierno: las residencias para adultos mayores sufren la profunda huella que dejó la pandemia*. La Tercera, consultado el 25 de junio de 2024. <https://www.latercera.com/nacional/noticia/en-busca-de-ayuda-del-gobierno-las-residencias-para-adultos-mayores-sufren-la-profunda-huella-que-dejo-la-pandemia/TMJVNZBSX5CXPKNDE3LDTHVZHI/#>
- Henríquez Galindo, Sergio. (2023). *Ley de reconocimiento y protección de los derechos de las personas en la atención de salud mental en Chile: descripción crítica*. Revista Justicia & Derecho, 6(1), 1–19. <https://doi.org/10.32457/rjyd.v6i1.2042>
- Instituto Nacional de Derechos Humanos. (2018). *Derechos de las personas mayores y obligaciones del Estado: situación de los niveles de cuidado entregados por establecimientos de larga estadía*. <https://www.indh.cl/bb/wp-content/uploads/2018/12/Informe-Anual-2018-Cap5.pdf>
- Instituto Nacional de Estadísticas. (2019). *Estimaciones y proyecciones de la población de Chile 2002-2035 totales regionales, población urbana y rural*. https://www.ine.gob.cl/docs/default-source/proyecciones-de-poblacion/publicaciones-y-anuarios/base-2017/ine_estimaciones-y-proyecciones-2002-2035_base-2017_reg_%C3%A1rea_s%C3%ADntesis.pdf?sfvrsn=ae888e7_5
- Jarufe-Contreras, Daniela. (2022). *La capacidad de ejercicio: un análisis crítico de las normas del derecho civil y la necesidad de una modernización, más allá de la interpretación del artículo 12 de la convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad*. Revista Chilena de Derecho Privado, (38), 9-61. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-80722022000100009>
- Lathrop, Fabiola. (2009). *Protección jurídica de los adultos mayores en Chile*. Revista Chilena de Derecho, 36(1), 77-113. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-34372009000100005>
- Leiva, Ana María, Troncoso-Pantoja, Claudia, Martínez-Sanguinetti, María Adela, Nazar, Gabriela, Concha-Cisternas, Yeny, Martorell, Miquel, Ramírez-Alarcón, Karina, Petermann-Rocha, Fanny, Cigarroa, Igor, Díaz, Ximena, & Celis-Morales, Carlos. (2020). *Personas mayores en Chile: el nuevo desafío social, económico y sanitario del Siglo XXI*. Revista Médica de Chile, 148(6), 799-809. <https://dx.doi.org/10.4067/S0034-98872020000600799>
- León Hurtado, A. (1991). *La voluntad y la capacidad en los actos jurídicos*. (4ta. Ed.). Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile.

- López, María José. (18 de octubre de 2023). *¿Cómo entendemos la discapacidad? Las personas con discapacidad en la historia (1era Parte)*. Fundación de Inclusión Laboral ConTrabajo. Consultado el 15 de marzo de 2024 <https://fundacioncontrabajo.cl/blog/cultura-inclusiva/personas-con-discapacidad-en-la-historia-1/>
- Observatorio del Envejecimiento para un Chile con futuro. (2021). *Edadismo: Imagen social de la vejez y discriminación por edad*. <https://observatorioenvejecimiento.uc.cl/wp-content/uploads/2021/07/Reporte-Observatorio-Edadismo.pdf>
- Observatorio del Envejecimiento para un Chile con futuro. (2022). *Dependencia y Cuidados en la Vejez*. <https://observatorioenvejecimiento.uc.cl/wp-content/uploads/2022/04/Reporte-Observatorio-Dependencia-y-Cuidados-en-la-Vejez.pdf>
- Organización de las Naciones Unidas. (2014). *Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, Guía de formación, Serie de capacitación profesional N° 19*, https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Publications/CRPD_TrainingGuide_PTS19_sp.pdf
- Organización de las Naciones Unidas. (2020). *Principios y directrices internacionales sobre el acceso a la justicia para las personas con discapacidad*, https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Issues/Disability/SR_Disability/GoodPractices/Access-to-Justice-SP.pdf
- Organización Mundial de la Salud. (2022). *Plan de acción integral sobre salud mental 2013-2030*. <https://iris.who.int/bitstream/handle/10665/357847/9789240050181-spa.pdf?sequence=1>
- Organización Panamericana de la Salud. (2021). *Informe mundial sobre el edadismo*. Washington, D.C., <https://doi.org/10.37774/9789275324455>
- Orrego Acuña, Juan Andrés. (2023). *Los atributos de la personalidad*. Consultado el 10 de febrero de 2024. https://www.juanandresorrego.cl/apuntes_all.html#Ap_4
- Ortega González, Diosnara. (2018). *Envejecimiento y trato hacia las personas mayores en Chile: una ruta de la desigualdad persistente*. *Sophia Austral*, (22), 223-246. <https://dx.doi.org/10.4067/S0719-56052018000200223>
- REAL ACADEMIA ESPAÑOLA: *Diccionario de la lengua española*, 23.^a ed., [versión 23.7 en línea]. <https://dle.rae.es> [10 de febrero de 2024]
- Rivera Restrepo, José M. (2023). *Tratado de Derecho Civil del Acto Jurídico* (1a. ed.). Santiago, Chile: Thomson Reuters.
- Rodríguez Hernández, M. (2007). *La percepción de la persona adulta mayor en la sociedad ramonense actual*. *Pensamiento Actual*, 8(10-11). Recuperado a partir de <https://revistas.ucr.ac.cr/index.php/pensamiento-actual/article/view/4089>
- Rosel Barbieri, L. A., Pigozzi Sandoval, P. P., & Arenas Massa, A. (2023). *Desafíos clínicos y normativos de la internación forzada en Chile, en virtud de la nueva Ley de Salud*

Mental. Revista Médica De Chile, 151(4). Recuperado a partir de <https://www.revistamedicadechile.cl/index.php/rmedica/article/view/10240>

Universidad Católica/ Caja Los Andes. (2022). *Sexta Encuesta Nacional de Calidad de Vida en la Vejez*. https://encuestacalidaddevidaenlavejez.uc.cl/wp-content/uploads/2023/08/Libro-completo-VI-Encuesta_compressed.pdf

Vargas, Maricruz Gómez de la Torre. (2018). *Las implicancias de considerar al niño sujeto de derechos*. Revista de Derecho (Universidad Católica Dámaso A. Larrañaga, Facultad de Derecho), (18), 117-137. <https://doi.org/10.22235/rd.v18i2.1703>

Vial Undurraga, María Ignacia. (2013). *La autonomía de la voluntad en la legislación chilena de derecho internacional privado*. Revista chilena de derecho, 40(3), 891-927. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-34372013000300006>

Referencias legales:

Circular N° 6 del Ministerio de Salud que instruye sobre la hospitalización involuntaria de personas afectadas por enfermedades mentales. Santiago, Chile. Consultada a través del portal web de la Biblioteca del Congreso Nacional. <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1170617>

Código Civil. Santiago, Chile. Consultado a través del portal web de la Biblioteca del Congreso Nacional. <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=172986>

Decreto N° 14 del Ministerio de Salud que aprueba el reglamento de establecimientos de larga estadía para adultos mayores. Santiago, Chile. Consultado a través del portal web de la Biblioteca del Congreso Nacional. <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1015936>

Decreto N° 20 del Ministerio de Salud que aprueba el reglamento de establecimientos de larga estadía para personas mayores reemplazando al decreto 14. Santiago, Chile. Consultado a través del portal web de la Biblioteca del Congreso Nacional. <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1182129>

Ley 19.968 que crea los Tribunales de Familia. Santiago, Chile. Consultada a través del portal web de la Biblioteca del Congreso Nacional. <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=229557>

Ley 20.066 que establece la Ley de Violencia Intrafamiliar. Santiago, Chile. Consultada a través del portal web de la Biblioteca del Congreso Nacional. <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=242648>

Ley 21.331 del reconocimiento y protección de los derechos de las personas en la atención de salud mental. Santiago, Chile. Consultada a través del portal web de la Biblioteca del Congreso Nacional. <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1159383>

Referencias judiciales:

Acta de audiencia preparatoria de protección de salud mental forzosa, en causa RIT: S-10-2024, acompañada como Anexo 1.

Acta de audiencia preparatoria de protección de salud mental forzosa, en causa RIT: S-55-2023, acompañada como Anexo 2.

Acta de audiencia preparatoria de protección de salud mental forzosa, en causa RIT: S-53-2023, acompañada como Anexo 3.

Sentencia Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago que falla amparo interpuesto contra un ELEAM, acompañada como Anexo 4.

Sentencia Ilustrísima Corte de Apelaciones de San Miguel que falla amparo interpuesto contra un ELEAM, acompañada como Anexo 5.

ANEXOS

ANEXO 1



RIT : S-10-2024	COMISIÓN DE MEDICINA PREVENTIVA E INVALIDÉZ/	F. Ing.: 24/09/2024
RUC: 24- 2-4906544-3	Proc.: Ley 21.331	Forma Inicio: Solicitud

ACTA DE AUDIENCIA PREPARATORIA (PROTECCIÓN SALUD MENTAL FORZOSA, LEY 21.331.)

FECHA	Cuatro de octubre de dos mil veinticuatro. -
RUC	24- 2-4906544-3
RIT	S-10-2024
MAGISTRADO	[REDACTED]
CONSEJERO TÉCNICO	[REDACTED]
ENCARGADO DE ACTA/SALA	[REDACTED]
H DE INICIO/H TERMINO	12:13/12:20
Nº REGISTRO DE AUDIO	2424906544-3-1300
PACIENTE (no comparece)	[REDACTED]
PARTE SOLICITANTE COMPARECIENTE	SEREMI DE SALUD METROPOLITANA RUT: 61.601.000-K Dirección Comercial: MAC IVER 541, SANTIAGO
ABOGADO SOLICITANTE	[REDACTED]
FORMA DE NOTIFICACION	En audiencia

ACTUACIONES EFECTUADAS:	SI	NO	ORD
• INDIVIDUALIZACIÓN	X		1
• TRIBUNAL RESUELVE: Se rechaza	X		1

Santiago, cuatro de octubre de dos mil veinticuatro. -

Tiene lugar audiencia virtual realizada mediante aplicación Zoom.

Comparecen las partes individualizadas en plantilla que antecede quienes exhiben su cédula de identidad.

Prevención: Se previene a los presentes en esta audiencia sobre su obligación de guardar la debida reserva de todo lo obrado en esta audiencia, prohibiéndose a su vez la reproducción y/o difusión de esta audiencia y lo obrado en ella por cualquier medio que ello pueda realizarse, incluidas las redes sociales. Lo anterior, bajo apercibimiento legal.

Se efectúa breve reseña de los antecedentes. Se da lectura a la solicitud interpuesta por La Seremi de Salud Metropolitana. Registro en audio.

Se da lectura a escrito de fecha 03 de octubre de 2024, que consta a folio 18. Donde COREPREM informa que la paciente se encuentra de alta con fecha 17 de septiembre de 2024, con tratamiento ambulatorio y con fecha de control para el 02 de octubre de 2024. Registro en audio.

Tribunal resuelve: En razón de haber perdido oportunidad el procedimiento que ha sido invocado, debido a que la situación de internación se ha superado, se rechaza la solicitud por la falta de oportunidad.



Quedan los presentes notificados personalmente en audiencia, remítase por correo electrónico.

Notifíquese a [REDACTED] por cédula. Cúmplase por el Centro de Notificaciones.

RIT: S-10-2024.-

**DECTADA POR [REDACTED] JUEZ
TITULAR, DEL TERCER JUZGADO DE FAMILIA DE SANTIAGO.**

**ACTA DE AUDIENCIA
PROTECCIÓN DE SALUD MENTAL FORZOSA
(Video Conferencia)**

FECHA	Veintinueve de junio del año dos mil veintitrés
RUC	23-2-3835737-3
RIT	S-55-2023
MAGISTRADO	[REDACTED]
ENCARGADO DE ACTA	[REDACTED]
HORA DE INICIO	10:00
HORA DE TERMINO	10:21
Nº REGISTRO DE AUDIO	NUM000
SOLICITANTE COMPARECIENTE-SEREMI SALUD (zoom)	[REDACTED]
FORMA DE NOTIFICACION	[REDACTED]
TERCERO COMPARECIENTE -HOSPITAL REGIONAL (zoom)	[REDACTED]
FORMA DE NOTIFICACION	DIRECCION000
CURADORA AD-LITEM COMPARECIENTE (zoom)	[REDACTED]
FORMA DE NOTIFICACION	DIRECCION001
PACIENTE NO COMPARECIENTE	Eder NUM001
FORMA DE NOTIFICACION	Reglas generales
SOLICITANTE NO COMPARECIENTE	Ines NUM002, DIRECCION002, Rancagua.
FORMA DE NOTIFICACION	Reglas generales

ACTUACIONES EFECTUADAS:	SI	ORD
• Relación solicitud Seremi Salud	X	1
• Expone curadora ad-litem	X	2
• Partes incorporan documentos	X	3
• Observaciones	X	4
• Dictación sentencia	X	5

EL TRIBUNAL RESUELVE:

Conforme lo dispone el inciso tercero del Art. 62 del acta 71-2016, de la Excma. Corte Suprema, se procede a transcribir solo la parte resolutive del fallo:

Y visto lo dispuesto en los artículos 13 y 14 de la Ley 21.331 y 8 N° 17 de la Ley 19.968, se resuelve:

Que revisada la situación del paciente, [REDACTED], se declara la legalidad de su hospitalización psiquiátrica involuntaria, sin perjuicio que en la actualidad se encuentra dado de alta con fecha 20.06.2023.

Notifíquese a la solicitante Ines por carta certificada.

Con lo actuado se pone término a la audiencia, quedando las partes comparecientes notificadas de todo lo actuado y resuelto en la misma.



**ACTA DE AUDIENCIA
PROTECCIÓN DE SALUD MENTAL FORZOSA
(Video Conferencia)**

FECHA	Veintiocho de junio del año dos mil veintitrés
RUC	23-2-3831701-0
RIT	S-53-2023
MAGISTRADO	[REDACTED]
ENCARGADO DE ACTA	[REDACTED]
HORA DE INICIO	11:05
HORA DE TERMINO	11:28
Nº REGISTRO DE AUDIO	NUM000
SOLICITANTE COMPARECIENTE-SEREMI SALUD (zoom)	[REDACTED]
FORMA DE NOTIFICACION	[REDACTED]
TERCERO COMPARECIENTE -HOSPITAL REGIONAL (zoom)	[REDACTED]
FORMA DE NOTIFICACION	DIRECCION000
CURADORA AD-LITEM COMPARECIENTE (zoom)	[REDACTED], abogada CAJ convenio Senadis
FORMA DE NOTIFICACION	DIRECCION001
PACIENTE NO COMPARECIENTE	Brandon NUM001
FORMA DE NOTIFICACION	Reglas generales
SOLICITANTE NO COMPARECIENTE	Oliver NUM002 DIRECCION002, Graneros
FORMA DE NOTIFICACION	Reglas generales

ACTUACIONES EFECTUADAS:	SI	ORD
• Relación solicitud Seremi Salud (modifica petición)	X	1
• Partes incorporan antecedentes	X	2
• Curadora expone	X	3
• Observaciones a la prueba	X	4
• Dictación sentencia	X	5

EL TRIBUNAL RESUELVE:

Conforme lo dispone el inciso tercero del Art. 62 del acta 71-2016, de la Excma. Corte Suprema, se procede a transcribir solo la parte resolutive del fallo:

Y visto lo dispuesto en los artículos 13 y 14 de la Ley 21.331 y 8 N° 17 de la Ley 19.968, se resuelve:

Que revisada la situación del paciente [REDACTED], se declara la legalidad de su hospitalización psiquiátrica involuntaria.

Se deja constancia que [REDACTED] en la actualidad se encuentra dado de alta con fecha 20.06.2023.

Con lo actuado se pone término a la audiencia, quedando las partes comparecientes notificadas de todo lo actuado y resuelto en la misma.



ANEXO 4

C.A. de Santiago

Santiago, seis de abril de dos mil veintitrés.

A los folios 14, 15 y 16: a todo, téngase presente.

VISTOS Y CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que comparece la abogada [REDACTED], interponiendo recurso de amparo en favor de [REDACTED], de setenta y nueve años, en contra de [REDACTED] y Casa de Reposo [REDACTED], por haberla internado, contra su voluntad y la del resto de sus familiares, en dicha residencia, impidiendo que sus hermanos y sobrinas puedan visitarla libremente, lo que -considera- atenta en contra de sus derechos a la libertad personal y a la seguridad individual, garantizados en el artículo 19 N.º 7 letra a) de la Constitución Política de la República.

Sostiene que la amparada no padece enfermedades ni discapacidades de carácter psicológicos o psiquiátricos, demencia senil ni Alzheimer. Tampoco ha sido declarada interdicta. Se encuentra en estado de lucides y consciente, por lo que estima que no existe razón alguna para internarla en contra de su voluntad en un Establecimiento de Larga Estadía para Adultos Mayores (ELEAM).

Por estas razones, solicita se adopten las providencias que esta Corte estime necesarias para asegurar la debida protección de la amparada, sea ordenando que deje o haga abandono del lugar en el que se encuentra actualmente o se autorice a sus hermanos y sobrinas a visitarla o relacionarse con ella a su arbitrio.

SEGUNDO: Que, al evacuar su informe, los recurridos [REDACTED] señalaron que, hace aproximadamente un mes, informaron a los hermanos de su madre que la ingresarían en una

residencia de adulto mayor, lo que no fue bien recibido por ellos, provocando una serie de discusiones y hostigamientos en su contra.

Refieren que, previo a la internación de su madre, la señora [REDACTED], hermana de la amparada, visitó en reiteradas oportunidades su hogar para increparlos y hostigar a la persona encargada de sus cuidados. Agrega que, en una ocasión, llegó hasta el lugar junto a Carabineros de Chile para denunciarlos por vulneración de derechos a un adulto mayor, sin embargo, el personal policial les encontró la razón e invitaron a la denunciante a salir de la casa.

Agregan que, tras el ingreso de su madre a la residencia, su madre fue visitada, en forma separada, por sus hermanos y una sobrina, exigiendo información al personal del establecimiento de manera muy mal educada, amenazando a su dueña con denunciarla ante la justicia y PDI.

Junto con su presentación, acompañaron informe médico geriatra de la amparada, en el que se consigna que ésta es una persona mayor con alta carga de comorbilidad en lo neurológico, con deterioro funcional y cognitivo en los últimos meses, lo cual ha generado mayor sobrecarga en los cuidados por mayor dependencia. Agrega que requiere ajuste de quetiapina para manejo conductual; tiene dependencia severa, por lo que requiere apoyo permanente en las actividades básicas e instrumentales, con cuidadoras y seguimiento por neurología para ajustas de terapia, vigilancia nutricional para evitar baja de peso y mayor deterioro de la fuerza.

En cuanto a los antecedentes mórbidos de la amparada, dicho informe da cuenta que ésta padece: parkinsonismo atípico, demencia con cuerpos de Lewy, trastorno neurocognitivo mayor secundario, trastorno conductual asociado, irritabilidad, conducta motora aberrante, alucinaciones visuales y trastorno de ánimo de larga data.

TERCERO: Que, también, evacuó informe la recurrida Casa de Reposo [REDACTED], señalando que el [REDACTED] ingresó a la residencia la amparada, acompañada de sus dos hijos, [REDACTED] [REDACTED], de profesión Ingeniero en Administración Agroindustrial y [REDACTED] de profesión

profesora.

Explicó que la amparada ingresó con su programa de vacunas COVID completo, PCR negativo y en silla de ruedas, con signos vitales normales, sin signos de lesión por presión, con lesión menor en rodilla derecha, aunque ella misma indicó que fue por caída en el baño de su casa, talón derecho con durezas y ambos talones resecos. Agrega que la amparada no deambula y necesita apoyo para todas las actividades, excepto alimentarse. Al momento de su ingreso se encontraba en estado emotivo, consciente de su ingreso, aceptando firmar consentimiento de ingreso voluntario.

En cuanto al motivo de su ingreso, refiere que es de forma esporádica, con el objeto de probar si ella se siente cómoda y se adapta a este nuevo espacio. Sus hijos la ingresaron ya que, con el diagnóstico médico actual y las condiciones de movilidad que tiene actualmente, requiere de condiciones de habitabilidad especiales que su hogar no posee, ni cuentan con la atención necesaria para sus necesidades.

Refiere que el diagnóstico médico indica que su enfermedad es progresiva: Parkinsonismo atípico desde hace 10 años, demencia por cuerpo de Lewy, trastorno neurocognitivo, trastorno conductual asociado a irritabilidad, conducta motora aberrante, alucinaciones visuales, trastorno del ánimo de larga data, trastorno de deglución en rehabilitación, sarcopenia y trastorno de la marcha.

En cuanto a las visitas, explica que el establecimiento cuenta con un protocolo de visitas, aun en contexto COVID, el que dispone que éstas deben ser agendadas previamente a través del apoderado del residente, sin que puedan exceder de 20 minutos.

CUARTO: Que, en presentación de fecha cuatro de abril de dos mil veintitrés, la recurrente hizo presente al tribunal que los familiares de la amparada no han podido visitarla desde que ingresó al establecimiento de larga estadía para adultos mayores, ya que el recurrido [REDACTED], quien actúa como su apoderado, les ha indicado que, por instrucciones de la residencia, la amparada no tiene acceso a visitas.

Junto a su presentación, acompañó declaraciones simples, sin rubricar, de [REDACTED]
[REDACTED], [REDACTED], [REDACTED],
[REDACTED], [REDACTED] y de [REDACTED]
[REDACTED].

QUINTO: Que, por resolución de fecha cuatro de abril de dos mil veintitrés, se ordenó a la recurrida Casa de Reposo [REDACTED] que acompañara los antecedentes de la amparada, especialmente el consentimiento firmado para su ingreso, reglamento y protocolos de visitas, así como sus antecedentes médicos, lo que fue cumplido ese mismo día.

SEXTO: Que la acción de amparo, prevista en el artículo 21 de la Constitución Política de la República, tiene por objeto proteger aquellas personas que ilegal o arbitrariamente sufran cualquier privación, perturbación o amenaza de su derecho a la libertad personal y seguridad individual, motivo por el cual, en el presente caso, corresponde determinar si, en la especie, la conducta de la recurrida se encuentra ajustada a tales cánones.

SÉPTIMO: Que del mérito de los antecedentes aportados por la Casa de Reposo [REDACTED], aparece de manifiesto que la amparada ingresó a dicho establecimiento en la fecha antes indicada, acompañada de sus dos hijos, [REDACTED] y [REDACTED], quien suscribió con dicha sociedad, el formulario de consentimiento voluntario para ingreso ELEM.

OCTAVO: Que no existe elemento probatorio que permita a esta Corte establecer indubitablemente que la amparada haya manifestado su consentimiento en permanecer en la casa de reposo en cuestión, ya que el formulario de consentimiento antes referido, se encuentra objetado por las recurrentes en lo que respecta a la firma de la señora [REDACTED], razón por la que la restricción de libertad ambulatoria que le afecta, le causa privación y perturbación de su legítimo derecho a la libertad personal y seguridad individual, pues la misma se funda en su edad y estado de salud, lo que en caso alguno, puede servir de fundamento para privarle de tal derecho fundamental.

NOVENA: Que, además, los correos electrónicos acompañados por la recurrente dan cuenta que la amparada se encuentra impedida de comunicarse libremente con el resto de sus familiares, lo que, a juicio de esta Corte, constituye una vulneración a su libertad personal, en cuanto a comunicarse libremente con quien quiera en el lugar donde actualmente se encuentra.

DÉCIMO: Que, en esta misma materia la Excelentísima Corte Suprema se ha pronunciado en los autos Rol N° [REDACTED]-19, caso que versa sobre una situación análoga respecto de una persona adulta mayor ingresada a una casa de reposo en condiciones similares a las de este caso.

Por estas consideraciones y con lo dispuesto en el artículo 21 de la Constitución Política de la República y Auto Acordado de la Excm. Corte Suprema sobre tramitación y fallo del Recurso de Amparo, SE ACOGE el deducido en favor de [REDACTED] en contra de [REDACTED], [REDACTED] y Casa de Reposo [REDACTED], disponiéndose que debe permitírsele a la amparada el libre ejercicio de su libertad ambulatoria, a ser visitada por los recurrentes mientras permanece en el establecimiento en el que actualmente reside, pudiendo salir libremente de éste, acompañada por quien desee.

Regístrese, comuníquese y archívese en su oportunidad.

N° Amparo-[REDACTED]-[REDACTED].

Pronunciada por la Novena Sala, presidida por el ministro señor [REDACTED], e integrada, además, por la ministra señora [REDACTED] y el Abogado Integrante señor [REDACTED].

En Santiago, seis de abril de dos mil veintitrés, se notificó por el estado diario la resolución que antecede.

ANEXO 5

San Miguel, dieciséis de septiembre de dos mil veintiuno.

Vistos y teniendo presente:

Primero: Que comparece el egresado de derecho [REDACTED], quien deduce acción constitucional de amparo en favor de [REDACTED], no indica profesión u oficio, domiciliado en [REDACTED] comuna de [REDACTED], y en contra del Centro de Reposo [REDACTED] representado por [REDACTED], ignora profesión u oficio, ambos domiciliados en [REDACTED], comuna de [REDACTED], por impedirle al señor [REDACTED] salir del recinto del Centro de Reposo, lo que estima constituye una acción ilegal y arbitraria que afecta la libertad ambulatoria de éste, además de su integridad física y psíquica y su derecho a la salud.

Expone que el señor [REDACTED] ingresó al Centro de Reposo recurrido con la intención de pasar un periodo descanso mientras transcurría el plazo para retirar los medicamentos que le prescribieron y que al intentar salir con tal fin, hace aproximadamente 20 días, la administración del recinto se lo prohibió. Refiere que el hogar se encuentra con sus muros protegidos y con sus puertas herméticamente cerradas, impidiéndole la salida para poder adquirir sus medicamentos y realizar otras actividades personales a pesar de ser una persona autovalente. Hace presente además que la mayoría de los residentes del hogar son discapacitados física y mentalmente, condición que no tiene la persona en favor de quien recurre.

Pide acoger el recurso, disponiendo la libre salida del señor [REDACTED] desde su actual domicilio en el Centro de Reposo recurrido.

Segundo: Que comparecen [REDACTED] labores de casa, y [REDACTED] factor de comercio, ambos con domicilio en [REDACTED], comuna de [REDACTED], quienes señalan ser hijos del señor [REDACTED] e informan que su padre no podía vivir solo,

dada su salud física- hernia inguinal y parkinson-, lo que le había ocasionado diversas caídas, que incluso lo llevaron a estar hospitalizado, y que su arrendataria los contactó y les señaló que su padre no se encontraba bien. Indican que, en razón de lo anterior y dado que ellos no podían hacerse cargo de su padre, conversaron con éste la posibilidad de internación en un hogar, lo que él inicialmente aceptó, ingresándolo el [REDACTED] del presente año en el Hogar [REDACTED]. Señalan que posteriormente la conducta de su padre ha cambiado, desconociendo haber aceptado ingresar en dicha casa de reposo ni considerando que todo aquello lo hacen por su bien, ya que no tiene capacidad para vivir solo, más aun con su incapacidad de desplazamiento por la enfermedades ya referidas. Agregan que su padre bloqueó su cuenta Rut y por ende se ha dificultado el pago de su estadía en el hogar. Concluyen que la acción deducida resulta carente de fundamento puesto que se basa en hechos total y absolutamente falsos y solo tiene por objeto que su padre eluda los resguardos que han adoptado en su favor, por lo que solicitan sea desestimada. Piden, además, disponer como diligencias examen médico del amparado y solicitar copia de su ficha médica al CESFAM [REDACTED] de la comuna de [REDACTED].

Tercero: Que a requerimiento de esta Corte, no habiendo evacuado informe la recurrida, la receptora judicial de turno, doña [REDACTED], se constituyó el día [REDACTED] año en curso en el Centro de Reposo [REDACTED], entrevistándose con el señor [REDACTED]. Indica que consultado respecto del estado en que se encuentra y su voluntad de seguir ingresado en dicho recinto, señaló que está bien atendido y reconoce que debido a sus enfermedades, especialmente Parkison, necesita estar en dicho lugar. Agrega que el motivo de su reclamo es porque su hija [REDACTED] lo llevó al hogar sin explicarle que ésta sería su residencia definitiva, que ella sería su apoderada y que no podría salir en momento alguno del recinto sin su autorización, por lo que no mantiene comunicación con ésta. Añade además que se encuentra con plenas facultades mentales, no así las otras personas que se encuentran internadas, lo que le impide sostener conversación con ellas, además requiere hacer trámites personales, tales como ir al Banco, INP o a su médico particular. Concluye el señor [REDACTED] que se encuentra conforme con su estadía en el lugar por los cuidados que recibe, no así por la falta de libertad para poder salir cuando lo requiere y no tener un entorno que le permita interactuar con los otros residentes, la mayoría con facultades mentales

deterioradas.

Cuarto: Que dando cumplimiento a lo solicitado por esta Corte, informa al tenor del recurso [REDACTED] [REDACTED], abogado en representación del Servicio Nacional del Adulto Mayor, indicando que el [REDACTED] de 2020 recibieron una consulta en la plataforma Buen Trato/SIAC – Sistema de Información y Atención Ciudadana- donde se informa de la situación en la que se encontraba el amparado, y que el SENAMA dio la información de los beneficios sociales y fono mayor, cerrando la solicitud. Da cuenta de las gestiones administrativas realizadas a raíz de la presente acción de amparo para finalmente señalar que el informe pertinente sería evacuado el [REDACTED] por parte del área social de DIDESO, por lo que solicita se tenga por cumplido lo ordenado.

Como medida para mejor resolver, se solicitó al mismo Servicio que se constituyera en el lugar donde habita el amparado, a fin de constatar las condiciones de habitabilidad y su situación personal, informe que se tiene por evacuado con esta fecha, y mediante el cual se constató que se encuentra en el “Hogar [REDACTED]” desde el [REDACTED] de este año, llevado por su hija [REDACTED]. Asimismo, se da cuenta, que actualmente, [REDACTED] se encuentra con lesiones por una caída y una posible celulitis de mano izquierda no tratada. Se añade que [REDACTED] es amable, se encuentra orientado temporoespacialmente, y que relata hechos y soluciones de modo fluido. Expresa que fue llevado engañado por su hija al hogar, pues vivía de modo independiente y él se administraba sus remedios, su celular y cuenta de Banco.

Asimismo, informa que actualmente se encuentra diagnosticado con HTA, Depresión, Parkinson inicial, Hernia inguinal importante no controlada, y que “se observa se observa triste y adolorido ya que ha sufrido caídas y actualmente presenta importante edema en mano izquierda, enrojecida, dolorosa y en flexión, su aspecto es triste está falto de higiene y con calzado no adecuada para su seguridad (pantuflos) , es capaz de responder de forma coherente y fluida al preguntarle posibilidades de donde vivir responde que con un [REDACTED] de la comuna de [REDACTED]”.

El Servicio informante, además, indica haber coordinado una intervención por el estado de salud agudo

del amparado, y se adoptan acuerdos de medidas que debe cumplir el Hogar.

Quinto: Que informa al tenor del recurso [REDACTED], representante legal de ELEAM [REDACTED], indicando que el [REDACTED] [REDACTED] ingresó en dicho recinto a [REDACTED] [REDACTED], refiriendo que vivía solo y que antes había estado en un centro de salud debido a una caída. Sostiene que ella les prohibió que su padre saliera solo, debido al riesgo de caídas, y que sería la hermana de éste el familiar que lo acompañaría, quien no ha podido ir a visitarlo.

Expone que el amparado ha tenido caídas en el lugar pues se marea y pierde el equilibrio, razón por la que la doctora del recinto le dejó ordenes de exámenes a la familia, que no se han realizado. Advierte que se les ha señalado a sus hijos que su padre necesita más apoyo y que su condición física y psíquica ha decaído. Agrega que el adulto mayor está con tratamiento para párkinson, presión y antidepresivos.

Finalmente indica que algunos de los residente autovalentes están autorizados por su familia o apoderados para salir solos, lo que no es el caso de [REDACTED].

Sexto: Que la acción constitucional de amparo es aquella que se dirige a la protección de la libertad personal, ambulatoria, y de la seguridad individual de las personas frente a acciones u omisiones ilegales y arbitrarias, que permiten adoptar medidas para que cese toda afectación o amenaza de los mismos.

Es así, que el artículo 21 de la Constitución Política de la República, consagra la denominada acción de amparo y dispone, en lo pertinente, que “todo individuo que se hallare arrestado, detenido o preso con infracción de lo dispuesto en la Constitución o en las leyes, podrá ocurrir por sí, o por cualquiera a su nombre, a la magistratura que señale la ley, a fin de que ésta ordene se guarden las formalidades legales y adopte de inmediato las providencias que juzgue necesarias para reestablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado”. De igual forma el inciso tercero de dicho precepto señala que “El mismo recurso, y en igual forma, podrá ser deducido en favor de toda persona que ilegalmente sufra cualquiera otra privación, perturbación o amenaza en su derecho a la libertad

personal y seguridad individual. La respectiva magistratura dictará en tal caso las medidas indicadas en los incisos anteriores que estime conducentes para reestablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado”.

Séptimo: Que conforme lo expuesto, y siendo el fundamento del recurso, la falta de voluntad del amparado de mantenerse en el Hogar donde se encuentra, y alegando, concretamente, que se le impide su libre tránsito, se debe señalar, que conforme fluye del mérito de los informes evacuados en autos, no existe elemento probatorio alguno que permita a esta Corte establecer que éste haya manifestado de alguna manera su consentimiento en permanecer en la casa de reposo en que se encuentra, y tampoco se ha demostrado la existencia de una razón que justifique impedirle el libre tránsito y desplazamiento, máxime si se constató por el Servicio informante, que se encuentra lúcido y orientado, motivo por el cual, la restricción de libertad que le afecta –prohibición de salir del Hogar de Ancianos–, por ser contraria a su voluntad, le causa privación y perturbación de su legítimo derecho a la libertad personal y seguridad individual, pues la misma se funda en su edad y estado de salud, lo que en caso alguno puede servir de fundamento para privarlo de tal derecho fundamental, lo que lleva a acoger la presente acción constitucional.

Octavo: Que, sin perjuicio de lo anterior, y constatando esta Corte la posible existencia de hechos que eventualmente pueden constituir la vulneración de derechos de una persona mayor, en contexto de una posible violencia intrafamiliar, se dispondrá la remisión de estos antecedentes al Juzgado de Familia pertinente, a fin de que inicie a la brevedad la tramitación de las medidas que correspondan.

Y visto, además, lo dispuesto en el artículo 21 de la Constitución Política de la República y Auto Acordado sobre la materia, se acoge el recurso de amparo interpuesto en favor de [REDACTED] en contra del Centro de Reposo [REDACTED], disponiéndose que debe permitírsele a éste su libre desplazamiento, sin restricción de ningún tipo, disponiéndose, asimismo, la inmediata apertura de una causa en sede de Familia, para efectos de velar por la protección plena de sus derechos.

Regístrese, comuníquese y oficiese de la manera más expedita por la señora Secretaria de esta Corte.

N° [REDACTED] 1- Amparo

Pronunciado por la Cuarta Sala de la Corte de Apelaciones de San Miguel, integrada por los Ministros señora [REDACTED] y señor [REDACTED] y Fiscal Judicial señora [REDACTED]
[REDACTED]