Boletín N° 18.671-07

Proyecto de ley, iniciado en Moción de los Honorables Senadores señor Becker, señoras Astudillo y Gatica y señores Calisto y Velásquez, que establece un nuevo tipo penal respecto de quienes tienen a su cargo un establecimiento destinado al cuidado de adultos mayores.

I. Antecedentes y fundamentos

El envejecimiento de la población chilena plantea al Estado y a nuestra sociedad el deber de avanzar hacia mayores niveles de protección de las personas adultas mayores, particularmente de aquellas que, debido a su edad, dependencia física, deterioro cognitivo, enfermedad u otras circunstancias, requieren asistencia permanente de terceros.

Los establecimientos destinados al cuidado y residencia de personas adultas mayores cumplen en este ámbito una función especialmente sensible. Quien recibe a una persona mayor para proporcionarle alojamiento, alimentación, asistencia o cuidados no se limita a prestar un servicio comercial: asume materialmente la custodia y protección de una persona que, en muchos casos, no se encuentra en condiciones de protegerse autónomamente frente a una emergencia.

La tragedia ocurrida recientemente en la comuna de Pitrufquén, Región de La Araucanía, donde dieciséis personas mayores perdieron la vida producto de un incendio ocurrido en una residencia que no contaba con autorización para funcionar, obliga a revisar nuestro ordenamiento jurídico y preguntarnos si las responsabilidades asociadas al cuidado de estas personas se encuentran suficientemente determinadas.

La legislación sanitaria establece actualmente diversos requisitos para la instalación y funcionamiento de los Establecimientos de Larga Estadía para Adultos Mayores. Entre ellos se encuentran la autorización de la autoridad sanitaria y exigencias relacionadas con prevención y protección contra incendios y condiciones de las instalaciones eléctricas y de gas.

Sin embargo, desde la perspectiva penal subsiste un problema que esta moción pretende abordar: la determinación expresa del deber jurídico que pesa sobre quien voluntariamente recibe bajo su cuidado a personas adultas mayores y, teniendo conocimiento de condiciones que generan un peligro grave para sus vidas, mantiene el establecimiento en funcionamiento sin adoptar las medidas indispensables para evitar dicho resultado.

No parece razonable que quien explota, administra o dirige un establecimiento destinado

al cuidado permanente de personas adultas mayores pueda desconocer el especial deber de protección que nace precisamente de haber asumido voluntariamente su cuidado.

Quien recibe bajo su responsabilidad a una persona que puede presentar movilidad reducida, dependencia severa, deterioro cognitivo o dificultades para reaccionar autónomamente ante un incendio, fuga de gas u otra emergencia, asume una posición de garante respecto de su vida e integridad física.

No se trata de establecer una responsabilidad penal objetiva ni de transformar cualquier incumplimiento administrativo en un delito.

La responsabilidad penal que propone esta ley exige elementos adicionales: que exista un deber jurídico de protección; que el responsable conozca la existencia de condiciones que representen un peligro grave para la vida de los residentes; que tenga capacidad real para adoptar medidas destinadas a evitar dicho peligro; y que, pese a ello, mantenga a las personas mayores expuestas al riesgo.

Cuando, concurriendo estas circunstancias, sobreviene la muerte de una persona adulta mayor como consecuencia de aquel peligro, el ordenamiento jurídico debe establecer claramente la responsabilidad de quien tenía el deber y la posibilidad de impedirla.

II. <u>Necesidad de establecer expresamente la posición de garante</u>

La comisión por omisión plantea uno de los problemas más complejos de la responsabilidad penal.

En determinados delitos de resultado, una persona puede responder no solamente porque ejecuta directamente la conducta que provoca la muerte, sino porque, encontrándose jurídicamente obligada a impedirla y teniendo capacidad para hacerlo, omite actuar.

Esta situación adquiere particular importancia en establecimientos donde existen personas que han sido confiadas al cuidado de terceros.

El fundamento de esta responsabilidad se encuentra precisamente en la denominada posición de garante.

La presente iniciativa pretende despejar cualquier incertidumbre respecto de esta obligación en el caso de establecimientos destinados a proporcionar residencia y cuidados a personas adultas mayores.

Quien explota, administra o dirige materialmente uno de estos establecimientos y acepta recibir personas bajo su cuidado asume voluntariamente una esfera de protección respecto

de ellas.

Este deber existe con independencia de que el establecimiento cuente o no con las autorizaciones administrativas correspondientes.

Sostener lo contrario conduciría a un resultado absurdo: quien administra un establecimiento autorizado tendría claramente determinadas sus obligaciones, mientras quien deliberadamente funciona al margen de la regulación podría pretender encontrarse en una situación jurídica más favorable.

Por ello, la clandestinidad o ausencia de autorización jamás puede transformarse en una vía de escape de la responsabilidad derivada del cuidado efectivamente asumido.

III. Conductas especialmente relevantes

Para efectos de esta ley, constituyen antecedentes particularmente relevantes para determinar la existencia del riesgo, entre otros:

a) la inexistencia o inutilización de vías de evacuación adecuadas;

b) la ausencia o inutilización de sistemas básicos de prevención, detección o combate de incendios exigibles conforme a la normativa vigente;

c) instalaciones eléctricas o de gas que presenten deficiencias graves conocidas por el responsable;

d) la mantención de un número de residentes que impida materialmente una evacuación segura;

e) la inexistencia del personal indispensable para asistir a residentes dependientes durante una emergencia;

f) la utilización de inmuebles respecto de los cuales exista prohibición de funcionamiento, orden de cierre o advertencias de la autoridad relacionadas con riesgos graves para la vida o seguridad de sus residentes; y

g) la mantención del funcionamiento después de haber sido formalmente advertido el responsable de deficiencias que representen un peligro grave para la vida de los residentes.

Estas circunstancias no constituirán por sí sola responsabilidad por homicidio. Su relevancia estará determinada por la existencia del deber de protección, el conocimiento del peligro, la capacidad de evitarlo y la relación entre la omisión y el resultado producido.

IV. Idea matriz

La presente moción tiene por objeto establecer expresamente la posición de garante respecto de la vida e integridad física de las personas adultas mayores que corresponde a quienes exploten, administren o ejerzan la dirección efectiva de establecimientos destinados a proporcionarles residencia, alojamiento o cuidados permanentes, y sancionar penalmente a quienes, conociendo la existencia de condiciones que representen un peligro grave para la vida de los residentes y pudiendo adoptar medidas para evitarlo, omitan hacerlo y como consecuencia de dicha omisión se produzca la muerte de una o más personas.

V. Proyecto de ley

"Artículo único. - Incorpórase en el Código Penal, a continuación del artículo 391bis, el siguiente artículo 391 ter:

"Artículo **391 ter. -** Quien, siendo propietario explotador, administrador, director o responsable efectivo de un establecimiento destinado habitual o permanentemente a proporcionar residencia, alojamiento, asistencia o cuidados a personas adultas mayores, hubiere asumido su cuidado, tendrá respecto de ellas posición de garante de su vida e integridad física mientras permanezcan bajo su cuidado.

El que, encontrándose en 1a situación descrita en el inciso anterior, con conocimiento de la existencia de condiciones que generen un peligro grave, concreto y objetivamente previsible para la vida de los residentes, y encontrándose materialmente en condiciones de adoptar las medidas necesarias para impedirlo o hacer cesar la exposición al riesgo, omitiere hacerlo, será responsable de la muerte que sobrevenga como consecuencia de dicho peligro cuando concurran los requisitos generales de imputación del resultado conforme a las reglas de este Código.

Si de los antecedentes se estableciere que el responsable, representándose como posible la muerte de uno o más residentes como consecuencia de dichas condiciones, mantuviere voluntariamente el funcionamiento del establecimiento y la exposición de aquellos al peligro, se aplicarán las penas correspondientes al homicidio conforme al artículo 391.

Cuando la muerte se produjere como consecuencia de negligencia, imprudencia o infracción de los reglamentos, sin concurrir el conocimiento señalado en el inciso precedente, la responsabilidad se determinará conforme a las disposiciones aplicables a los cuasidelitos.

Para determinar la existencia del peligro a que se refiere este artículo, el tribunal considerará

especialmente el incumplimiento grave de las normas relativas a prevención y protección contra incendios, instalaciones eléctricas o de gas, vías de evacuación, capacidad máxima del establecimiento, disponibilidad del personal indispensable para asistir a residentes que no puedan evacuar por sus propios medios, y las resoluciones, prohibiciones, órdenes de cierre o advertencias previamente comunicadas por la autoridad competente.

La posición de garante establecida en este artículo existirá independientemente de que el establecimiento cuente o no con autorización sanitaria o cualquier otra autorización administrativa exigida por el ordenamiento jurídico.

La responsabilidad establecida en este artículo recaerá sobre la persona o personas naturales que ejerzan efectivamente las funciones señaladas en el inciso primero y hayan tenido capacidad jurídica y material para adoptar las medidas necesarias para impedir el resultado.”.”.