

CAPACIDAD JURÍDICA DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD INTELECTUAL, COGNITIVA Y/O PSICOSOCIAL EN CHILE

FABIOLA LATHROP GÓMEZ*

I. INTRODUCCIÓN

Las mallas de la carrera de Derecho abordan la capacidad jurídica, tempranamente, en el Derecho de la persona y la teoría del acto jurídico. Al estudiar los atributos de la personalidad y las categorías de incapaces, pocos nos percatamos de que las reglas sobre capacidad deben ser compatibilizadas con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Las denominaciones odiosas tales como “demente” o “loco”, contrarias a la dignidad de las personas con discapacidad intelectual, cognitiva y/o psicosocial²⁵⁹, así como el estatuto que permite anular los actos jurídicos por ellas celebrados cuando son declaradas incapaces y nombrarles un curador que las sustituye en su voluntad en los aspectos más variados de su vida personal y patrimonial, han sido poco abordados por la dogmática civilista. De esta forma, la revisión de las reglas sobre capacidad jurídica y la construcción de un sistema de apoyos y salvaguardas que permita a todas las personas, independientemente de su condición, ejercer su capacidad jurídica conforme a su voluntad constituye uno de los desafíos más importantes del Derecho Civil.

Conforme a la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (Convención)²⁶⁰, el reconocimiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad implica que ellas deben poder ejercer todos sus derechos en condiciones de igualdad con las demás personas, de tal manera que puedan desarrollarse plena y autónomamente, conforme a sus deseos y preferencias, en comunidad.

Como se ha descrito en el capítulo introductorio de este libro, el ordenamiento jurídico chileno contiene una serie de barreras que impide lograr este propósito y ha permitido prácticas que discriminan arbitrariamente a las personas con discapacidad intelectual, despojándolas de sus derechos en sus relaciones privadas y familiares, patrimoniales y extrapatrimoniales, en lo referente a su salud, educación y acceso al trabajo, entre otras cuestiones.

Este artículo realiza algunas consideraciones sobre la construcción jurídica de la “demen-

²⁵⁹* Abogada. Doctora en Derecho por la Universidad de Salamanca. Profesora Asociada de Derecho Civil de la carrera académica ordinaria de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Avda. Santa María 076, Providencia, Santiago de Chile. Correo electrónico: flathrop@derecho.uchile.cl.

A lo largo de este artículo, palabras como “demencia” o “demente” van entrecomilladas por dicha razón.

²⁶⁰ Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Nueva York (13.12.2006). Ratificada por Chile mediante Decreto N° 201, publicado el 17 de septiembre de 2008.

cia” y la capacidad, buscando contribuir dogmáticamente a la futura creación e implementación de un marco normativo que promueva la vida independiente en comunidad de las personas con discapacidad intelectual mediante la construcción de sistemas de apoyo y salvaguardas al ejercicio de su capacidad jurídica, en el contexto de un Estado democrático de Derecho.

II. DISCAPACIDAD INTELECTUAL, COGNITIVA Y/O PSICOSOCIAL. CONCEPTO Y CIFRAS NACIONALES

La discapacidad intelectual se ha definido, a la luz del artículo 1º, inciso segundo, de la Convención, como “la resultante de la interacción entre algunas condiciones psíquicas y/o intelectuales de largo plazo que pueden presentar las personas, y las barreras del entorno, tales como formas de exclusión social, carencias de apoyo y actitudes estigmatizadoras, que limitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”²⁶¹.

Actualmente, se prefiere agregar a esta denominación las de discapacidad “cognitiva” y “psicosocial”, pues todas ellas describen mejor la situación en que se encuentran estas personas²⁶². La “discapacidad cognitiva” es una distinción relativamente nueva, que se relaciona parcialmente con las de discapacidad mental e intelectual; se trata de un conjunto de condiciones que afectan el desarrollo y adaptación social de algunas personas. Está asociada a una condición que, generalmente, surge después de los 18 años, o bien antes de esa edad, como resultado de algún daño cerebral, e incluye a personas que han experimentado derrames cerebrales, demencias o mal de Alzheimer y a adultos mayores con otras formas de disminución cognitiva debido a su edad. A su vez, la “discapacidad psicosocial” está más bien ligada a un problema de salud mental y envuelve también la discapacidad mental de causa psíquica; incluye a las personas que son identificadas usualmente como “usuarios de la salud mental”, “sobrevivientes psiquiátricos” o “locos”²⁶³.

Entre las dificultades asociadas a la discapacidad intelectual están las psicolingüísticas y de pensamiento lógico; el autismo, la disfasia y los síndromes de Down y Asperger son comúnmente vinculados a la discapacidad intelectual, aunque también pueden denominarse “trastornos del desarrollo”.

En nuestro contexto, el artículo 9º, letra c), del Decreto N° 47 del Ministerio de Salud señala a la “deficiencia mental” como una condición de salud que puede causar discapacidad, clasificándola en: “deficiencia mental de causa psíquica”, que sería aquella que presentan las

²⁶¹ Observatorio de Derechos Humanos de las Personas con Discapacidad Mental (2014), “Derechos Humanos de las Personas con Discapacidad Mental: Diagnóstico de la Situación en Chile”, p. 14. Disponible en: www.senadis.gob.cl/descarga/i/3330 [fecha de consulta: 15 de mayo de 2018].

²⁶² Véase Fundación Descúbreme (2006), “Discapacidad cognitiva”. Disponible en: www.descubre.cl/informacion [fecha de consulta: 15 de mayo de 2018].

²⁶³ BACH, Michael; KERZNER, Lana (2010), “A new paradigm for protecting autonomy and the right to legal capacity”, pp. 14-16. Disponible en: www.lco-cdo.org/wp-content/uploads/2010/11/disabilities-commissioned-paper-bach-kerzner.pdf [fecha de consulta: 15 de mayo de 2018].

personas que padecen trastornos en el comportamiento adaptativo, previsiblemente permanentes, derivados de una enfermedad psíquica; y “deficiencia mental de causa intelectual”, que sería aquella que presentan las personas cuyo rendimiento intelectual es inferior a la norma en test estandarizados.

A lo largo de este trabajo me referiré a las personas con discapacidad intelectual, cognitiva y/o psicosocial (PcDICPS) para procurar el uso de un concepto amplio de lo que comúnmente se entiende por discapacidad intelectual. Revisaré, a modo de contextualización, algunas estadísticas nacionales referidas a ellas.

Según el Censo de 2012²⁶⁴, el 12,7% de la población se encuentra en condición de discapacidad, en general, incluyendo las físicas, intelectuales y sensoriales. La Encuesta Nacional de Discapacidad de 2004, por su parte, indicaba previamente que 2.068.072 de personas tenían algún tipo de discapacidad y que, de ellas, 348.057 sufrían de alguna “discapacidad mental”²⁶⁵. Luego, el Censo de 2012 advirtió una tendencia al aumento de la población con discapacidad: a un total de 2.119.316²⁶⁶, de las cuales un 17,63% presentaría dificultad psiquiátrica, mental o intelectual²⁶⁷.

Más recientemente, el Segundo Estudio Nacional de Discapacidad de 2015 ha arrojado que existen 1.537.762 personas adultas en situación de discapacidad con enfermedad o condición de salud mental (como se ve, utiliza una denominación distinta a la del mencionado Censo) y que el 40,6% de ellas tiene entre 45 y 59 años²⁶⁸.

En suma, conforme a las cifras actualizadas del Censo de 2012, la población con dificultad psiquiátrica, mental o intelectual es de 389.002, lo que representaría el 2,2% de la población total. Cabe señalar que la dificultad que conlleva el dato arrojado por el Censo de 2012 es que agrupa dificultades psiquiátricas con las de tipo mental o intelectual, condiciones que presentan características totalmente diferentes.

Lamentablemente, no existen estadísticas específicas y actualizadas sobre las PcDICPS en Chile²⁶⁹; además, como puede apreciarse de los estudios referidos, las nomenclaturas relacionadas con este tipo de discapacidad varían, sin que exista una adecuada homogeneidad técnica que permita efectuar un análisis más preciso respecto de la realidad que viven estas

²⁶⁴ Esta cifra está actualizada con el censo abreviado de 2017.

²⁶⁵ Fondo Nacional de la Discapacidad (2004), “Estudio Nacional de la Discapacidad 2004, Endisc I”. Disponible en: www.senadis.gob.cl/documentos/listado/137/estudios-estadisticas-informes [fecha de consulta: 15 de mayo de 2018].

²⁶⁶ 2.206.477 personas, conforme a la actualización del censo abreviado de 2017.

²⁶⁷ Instituto Nacional de Estadísticas (2012), *Resultados XVIII Censo de Población, 2012. Características demográficas, sociales, culturales y económicas de la población*, tomo I, p. 251.

²⁶⁸ Este estudio no entrega datos referidos solo a las PcDICPS; asimismo, se refiere únicamente a las personas en situación de discapacidad leve a moderada.

²⁶⁹ Véase Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (2016), “Observaciones finales sobre el informe inicial de Chile” (versión avanzada no editada), párrafo 64. Disponible en: acnudh.org/wp-content/uploads/2016/05/CRPD_C_CHL_CO_1_23679_S.pdf [fecha de consulta: 15 de mayo de 2018]. Acá se recomienda a Chile la recopilación y actualización de datos y estadísticas acerca de las personas con discapacidad.

personas. La gravedad de esta falencia es que las políticas públicas orientadas a las PcDICPS no son pertinentes si se hacen sin un adecuado diagnóstico cuantitativo y cualitativo.

III. “DEMENCIA” Y DISCAPACIDAD INTELECTUAL, COGNITIVA Y/O PSICOSOCIAL

Las personas con discapacidad son víctimas de una serie de limitaciones en el desarrollo de sus vidas. Dentro de ellas, las PcDICPS se encuentran en una situación doblemente especial. Primero, porque su discapacidad puede ser inaparente (a diferencia de alguna discapacidad física), lo que impide brindar el apoyo pertinente con facilidad²⁷⁰. En segundo lugar, porque deben luchar por derribar distintas barreras en el ejercicio de su capacidad jurídica, partiendo por el hecho de que, bajo la legislación civil, se las pueda considerar como incapaces absolutos.

Como es sabido, en relación con la capacidad de ejercicio, nuestra legislación señala que “*Toda persona es legalmente capaz, excepto aquellas que la ley declara incapaces*” (artículo 1446 del Código Civil), distinguiendo entre los absoluta y los relativamente incapaces: “*Son absolutamente incapaces los dementes, los impúberes y los sordos o sordomudos que no pueden darse a entender claramente*” (artículo 1447, inciso primero, del Código Civil)²⁷¹.

Nuestra doctrina civilista clásica dota al concepto de “demencia” de un contenido médico-científico, asociándola con la enajenación mental²⁷². Claro Solar²⁷³ señalaba que la ley designa con la palabra “dementes” a “toda persona que por el trastorno de sus facultades mentales o la privación constante o momentánea de su razón se halla impedida de tener la libre voluntad de obligarse, no discierne, ni puede asumir la responsabilidad de sus actos”.

²⁷⁰ Si se analiza la aplicación de la Ley N° 20.609 (24.07.2012), que “establece medidas contra la discriminación”, el mayor porcentaje de ingresos de este tipo de causas responde a acciones por hechos de discriminación en razón de “enfermedad o discapacidad” contra los afectados, con un 39% del total de causas en primera instancia, manteniéndose la tendencia, con un 37% de los recursos en Cortes de Apelaciones y un 67% en Corte Suprema. Esto, según datos proporcionados por la Dirección de Estudios de la Corte Suprema (2017), “Análisis Estadístico de la Ley N° 20.609: Una mirada desde el acceso a la justicia a cinco años de su vigencia”, p. 28. Disponible en: decs.pjud.cl/documentos/descargas/Articulo_An_lisis_Estad_stico_de_la_Ley_20_609.pdf [fecha de consulta: 15 de mayo de 2018].

²⁷¹ Los énfasis han sido añadidos en esta y en las demás normas citadas.

²⁷² ARENAS, Ángela; SLACHEVSKY, Andrea (2017), “¿Sé y puedo? Toma de decisión y consentimiento informado en los trastornos demenciantes: dilemas diagnósticos y jurídicos en Chile”, en *Rev. Méd. Chile*, N° 145, p. 1312. Las autoras afirman que el ordenamiento chileno emplea este vocablo como sinónimo de locura o trastorno de la razón, lo que es anacrónico con relación al uso médico del término, agregando que existe una creencia falsa en la población general y en los profesionales de la salud según la cual las personas con demencia carecen de capacidad para tomar decisiones. “La demencia es una condición adquirida y crónica, caracterizada por un deterioro de diversas funciones cerebrales, sin distinción de sexo y situación económica, que se acompaña de síntomas cognitivos, psicológicos y cambios conductuales”. Ministerio de Salud (2017), “Plan Nacional de Demencia 2017”, p. 11. Disponible en: <https://www.gerontologia.org/portal/archivosUpload/uploadManual/CHILE-PLAN-DE-DEMENCIA.pdf> [fecha de consulta: 15 de mayo de 2018].

²⁷³ CLARO, Luis (1979), *Explicaciones de Derecho Civil chileno y comparado*, tomo XI, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, p. 27.

Somarriva²⁷⁴, por su parte, afirmaba que “la expresión demente la toma nuestro Código en un sentido amplio, comprendiendo toda alteración mental que prive de razón a un individuo”, agregando que para que proceda la interdicción respecto de este individuo, el estado de “demencia” debe ser habitual²⁷⁵. Según Claro Solar²⁷⁶, la ley se refiere no solo al que “se encuentra en estado habitual de imbecilidad, de ‘demencia’, o de locura furiosa, sino también al que por cualquiera causa no está en su sano juicio y discernimiento en el momento de ejecutar un acto jurídico”. En este último sentido, y a la luz del artículo 21 del Código Civil, León Hurtado²⁷⁷ señala que al establecer la incapacidad absoluta de los dementes, la ley no se ha referido solo a los que denomina tales la medicina legal moderna, sino a “todos los que estén privados de la razón o que tengan sus facultades mentales alteradas”, agregando que la palabra “demente” “tiene en la medicina actual una significación específica cuyos contornos no estaban precisados a la fecha de la dictación del Código, de modo que el legislador la ha tomado en su sentido genérico de ‘enfermedad mental’”.

Finalmente, Frigerio²⁷⁸ señala que la jurisprudencia ha suplido el silencio de la ley concibiendo la “demencia” como la “situación en que se encuentra un individuo que, por alteración de sus facultades mentales, carece de la aptitud necesaria para dirigir su persona o administrar su patrimonio”. Efectivamente, la jurisprudencia clásica afirma que son dementes “no solo los que por debilidad o desórdenes intelectuales, de carácter habitual, carecen en absoluto de razón, sino también los que, por las mismas causas, no pueden dirigirse a sí mismos o administrar competentemente sus negocios”²⁷⁹. Recientemente, la Corte de Apelaciones de Santiago, en fallo de 5 de noviembre de 2015²⁸⁰, concibe de esta forma la “demen-

²⁷⁴ SOMARRIVA, Manuel (1946), *Derecho de Familia*, Santiago de Chile, Editorial Nascimento, p. 588.

²⁷⁵ *Ibíd.*

²⁷⁶ CLARO (1979), p. 27. En este mismo sentido: ALESSANDRI, Arturo (2008), *La nulidad y la rescisión en el Derecho Civil chileno*, tomo I, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, p. 432: “La palabra ‘demente’ o ‘loco’ significa en el Código Civil aquella persona que está con sus facultades mentales alteradas, que padece de una enfermedad mental, cualquiera que sea su denominación técnica o sus características patológicas”; y RAMOS, René (2007), *Derecho de Familia*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, p. 612.

²⁷⁷ LEÓN, Avelino (1979), *La voluntad y la capacidad en los actos jurídicos*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, pp. 297 y 298.

²⁷⁸ FRIGERIO, César (1989), “Incapacidad civil y representación legal del enfermo mental”, en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 16 N° 1, p. 37.

²⁷⁹ Así lo señala la sentencia de fecha 27.08.1894, en *Gaceta de los Tribunales*, año 1896, tomo II, sentencia 3325, de la Corte de Apelaciones de Concepción, citada en la sentencia de fecha 10.06.2008 (recurso de apelación sobre declaración de interdicción), en causa rol N° 240-2008, de la Corte de Apelaciones de Concepción, que hace suya tal definición.

²⁸⁰ Sentencia de fecha 5.11.2015 (recurso de apelación sobre declaración de interdicción), en causa rol N° 9316-2015, Corte de Apelaciones de Santiago, considerando 3°. Esta sentencia revoca la pronunciada por el Primer Juzgado Civil de Santiago el 8 de julio de 2015, que denegaba una solicitud de interdicción por “demencia” efectuada por la hermana de una persona que presentaba un grado de discapacidad psíquica o mental de 70% (de acuerdo con el certificado de discapacidad emitido por el Registro Civil, según el dictamen de la Oficina de la Comisión de Medicina Preventiva e Invalidez correspondiente). La Corte señaló que sin perjuicio de que el tribunal no apreció en la inspección personal señales de discapacidad psicológica, pues la persona tenía cierta aptitud para comprender los estímulos del medio, tal percepción no resultaba suficiente para desvirtuar el certificado de discapacidad,

cia”: “Que debe tenerse en cuenta, además, que términos como ‘demencia’ o ‘locura’ que utiliza el Código Civil no tienen actualmente un fundamento científico preciso, de modo que han de asimilarse al concepto de ‘discapacidad mental’ empleado en la normativa más específica como es la Ley N° 18.600 y a la graduación que esa misma ley establece”.

Frigerio²⁸¹ se detiene en un aspecto de carácter médico-científico, afirmando que la enfermedad psíquica debe ser de tal naturaleza que impida al sujeto dirigirse a sí mismo y administrar competentemente sus negocios; no se trata –agrega– de comprobar un estado de insanidad, sino uno de incapacidad para actuar en la vida jurídica. Este autor fue uno de los primeros que criticó el concepto de “demente” en nuestra doctrina, abogando por una reforma legal a tal respecto. En 1992 señaló que tal noción era arcaica y que, al redefinirla, precisando su contenido, se posibilitaba el ejercicio de los derechos a muchas personas²⁸².

¿Qué ha ocurrido en las últimas décadas en la doctrina civilista con respecto a la relación entre “demencia”, incapacidad y discapacidad intelectual, cognitiva y/o psicosocial? ¿Ha logrado la Convención permear el Derecho Civil chileno luego de su entrada en vigor?

Arenas Benavides²⁸³, en 2013, se manifestaba crítico señalando que “el incapaz absoluto sí tiene voluntad por el solo hecho de ser humano, y que si el Derecho le impide obrar por sí mismo no es porque lo considere un ser sin raciocinio ni decisión, sino porque esa voluntad aún no se ha desarrollado, o está tan afectada que no cumple con el fin esperado, o es imposible corroborar que sus decisiones sean realmente las que haya decidido autónomamente”.

Corral Talciani²⁸⁴, más recientemente, ubica a la “demencia” en dos contextos distintos: “La expresión ‘demencia’ en el contexto de las normas relativas a la interdicción se debe entender en el sentido abierto, no técnico y amplio propiciado desde antiguo por la doctrina, y hoy configurado dentro del concepto genérico de la discapacidad mental”. En otros contextos distintos de la interdicción, la “demencia” “debe ser entendida en el concepto más preciso de privación actual de la razón. Por ello, en estos casos, no se considerará demente al discapacitado mental sino únicamente a aquel que en el momento de realizar la conducta descrita por la ley estaba privado de razón o del entendimiento necesario para determinar sus actos”.

En suma, nuestra doctrina civilista no se ha detenido recientemente en las implicancias jurídicas de la discapacidad intelectual, cognitiva y/o psicosocial²⁸⁵; desde luego, no existe

dando lugar, de esta forma, a la interdicción por “demencia”.

²⁸¹ Véase FRIGERIO (1989), p. 37.

²⁸² Véase FRIGERIO, César; LETELIER, Cristián (1992), “Sobre la capacidad de los dementes y sordomudos (Especialmente de aquellos que no pueden darse a entender por escrito)”, en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 19 N° 1, p. 288.

²⁸³ Véase ARENAS, Sergio (2013), “Hacia el fin del dogma ‘voluntad es capacidad’ en el Derecho Civil chileno”, en *Revista Derecho y Justicia*, N° 3, pp. 75 y 96.

²⁸⁴ CORRAL, Hernán (2011), “Interdicción de personas que sufren trastorno de dependencia a la cocaína”, en *Revista de Derecho*, Vol. XXIV N° 2, p. 49.

²⁸⁵ SALVO CORRAL, quien señala que el estatuto de protección de incapaces merece revisión urgente: “(...) está claramente desfasado y con serios problemas en relación con la Convención sobre Personas con Discapacidad”. CORRAL, Hernán (2018), “Cuidado personal y guardas”, en *Jurisprudencia crítica. Comentarios de fallos*

mayor preocupación por redefinir el concepto de “demencia” y su vinculación jurídica con la incapacidad absoluta. Esto resulta particularmente grave cuando se equipara la discapacidad intelectual, cognitiva y/o psicosocial con la “demencia”²⁸⁶. En otras palabras, se podría considerar a las PcDICPS como dementes o locas en términos jurídicos, con la consecuente calificación de “incapacidad jurídica absoluta” (del artículo 1447 del Código Civil). De dicha calificación, a su vez, se seguiría, entre otras consecuencias, su falta de responsabilidad penal y civil²⁸⁷.

Chile debe revisar el modo en que se refiere legalmente a las PcDICPS. El Código Civil sigue utilizando categorías odiosas y abiertamente discriminatorias, como cuando se refiere al “demente” o “loco” o habla de “locura furiosa”²⁸⁸; y la propia Ley N° 18.600, que Establece Normas sobre Deficientes Mentales, utiliza este término totalmente inapropiado para referirse a las PcDICPS.

El Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (en adelante Comité)²⁸⁹ solicitó a nuestro Estado derogar toda disposición legal que limite parcial o totalmente la capacidad jurídica de las personas adultas con discapacidad.

Al respecto, se han constituido mesas de trabajo y grupos de estudios al alero del Ministerio de Justicia y del Ministerio de Desarrollo Social, entre otras reparticiones públicas, que han efectuado un diagnóstico acerca de la situación jurídica de las PcDICPS, detectando barreras para lograr su plena inclusión en sociedad, así como efectuando propuestas que adecuen nuestra legislación a los estándares internacionales de Derechos Humanos²⁹⁰. Han exis-

2015-2017, Hugo Cárdenas (editor), Santiago de Chile, Rubicón Editores, p. 73; y OTÁROLA, Yasna (2018), “La protección de la capacidad de los adultos mayores a través de la autonomía de la voluntad en el Derecho chileno”, en *Estudios de Derecho de Familia III*, Carmen Domínguez (coordinadora), Santiago de Chile, Thomson Reuters, pp. 639-640, quien afirma que pese a que Chile ratificó la Convención y la Convención Interamericana sobre derechos humanos de las personas mayores, mantiene únicamente un régimen general de incapacidad que no distingue entre incapacidad, discapacidad y dependencia de las personas, y que la aplicación de las normas vigentes supone, las más de las veces, la privación del uso, goce y disposición de los derechos por sus titulares. En este mismo sentido, SILVA, Paula (2017), *La capacidad jurídica de las personas con discapacidad intelectual: régimen jurídico chileno y bases para su modificación*, Santiago de Chile, Thomson Reuters, p. 145.

²⁸⁶ Así, en las notarías se estaría exigiendo a las personas adultas mayores un certificado emitido por un médico que señale que la persona se encuentra “sana mentalmente”. En Notarios Chile. Disponible en: notarioschile.cl/tramites/ [fecha de consulta: 15 de mayo de 2018], se indica que para realizar “otros” trámites, como la toma de firmas a domicilio, se requiere, entre otras cuestiones, que si el firmante es mayor de 75 años, al momento de firmar presente certificado médico emitido por un neurólogo o psiquiatra donde conste su salud mental y capacidad de entendimiento y de firmar documentos.

²⁸⁷ Código Penal (12.11.1874), art. 10; Ley N° 19.696, de 2000, art. 459, y D.F.L. N° 1, de 2000, art. 2319.

²⁸⁸ Art. 459. Haciendo un examen histórico del concepto de “locura”, Fortuna se remonta al siglo XVIII, época en la que se hablaba de “debilidad mental”, la cual era considerada una forma de error o de ilusión; con la enfermedad “locura” se podía convivir, sin ser separado de la sociedad, siempre que no adoptara formas extremas o peligrosas. Véase FORTUNA, Sebastián (2013), “Aproximaciones al régimen de la capacidad en el Proyecto de Reforma de los Códigos Civil y Comercial de la Nación”, en *Revista Jurídica UCES*, N° 17, p. 206.

²⁸⁹ Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (2016), párrafo 26.

²⁹⁰ Servicio Nacional de la Discapacidad (2017), “Representantes de países se reunieron para abordar proyecto de ley sobre capacidad jurídica de personas con discapacidad”, 29 de junio de 2017. Disponible en: www.senadis.gob.cl/sala_prensa/d/noticias/6670/representantes-de-paises-se-reunieron-para-abordar-proyecto-de-le

tido proyectos de ley tendientes a sustituir denominaciones peyorativas, como el del Boletín N° 6247-07, ingresado el 10 de diciembre de 2008. Este proyecto intentó modificar el Código Civil y otros textos legales en materia de cambio de denominación de la causal de incapacidad absoluta “demencia” por “discapacidad mental de grado grave o profunda”; se encuentra en primer trámite constitucional en la Cámara de Diputados, pero no presenta actuaciones desde 2015²⁹¹⁻²⁹². No obstante, el pasado 24 de enero de 2019 se presentó un “Proyecto de ley que elimina la discriminación en contra de personas con discapacidad intelectual, cognitiva y psicosocial, consagrando el derecho a su autonomía”; esta iniciativa modifica el estatuto de la capacidad jurídica del Código Civil para reconocérsela plenamente a las personas con discapacidad²⁹³.

IV. CAPACIDAD JURÍDICA DE LAS PCDICPS

1. La capacidad jurídica de las PcDICPS en el Código Civil chileno

Si bien no existe una regulación legal específica sobre la capacidad jurídica de las PcDICPS, el Código Civil ha sido utilizado para la determinación de un modelo de atribución directa de incapacidad. En efecto, la posibilidad de que, al considerárselas “dementes”, se interprete la ley civil con el efecto de hacerlas caer en la categoría de “incapaces absolutos”, limita directamente la capacidad de las PcDICPS de entrar en relaciones jurídicas. Este modelo legal atribuye directamente la incapacidad y permite sustituir la voluntad de las PcDICPS, pues obliga a nombrarles representantes legales.

Analicemos brevemente la evolución doctrinal del concepto de capacidad.

La ley chilena distingue directamente entre capacidad de goce y de ejercicio; no define ni regula la capacidad “a secas”. La primera es la aptitud de una persona para ser titular y sujeto de derechos y se confunde con la personalidad, por ser un atributo de esta. La segunda (capacidad legal, de obrar o negocial) es, según el artículo 1445 del Código Civil, la aptitud legal que tiene una persona para “ejercer” derechos y contraer obligaciones “por sí sola”, sin la autorización o ministerio de otra persona. Claro Solar²⁹⁴ –siguiendo a Demogue– definió la capacidad como “la aptitud legal de las personas para el goce y ejercicio de los derechos civiles”, incluyendo en este concepto la capacidad de ejercicio.

y-sobre-capacidad-juridica-de-personas-con-discapacidad [fecha de consulta: 15 de mayo de 2018].

²⁹¹ Existen otras iniciativas en el Parlamento, pero sin tramitación vigente. El proyecto de ley que mayores avances legislativos ha alcanzado es el de la Cámara de Diputados (2016), Boletín N° 10755-11, refundido con el Boletín N° 10563-11. Disponible en: www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=11189 [fecha de consulta: 15 de mayo de 2018], que se encuentra en segundo trámite constitucional en el Senado, con discusión inmediata desde 7 de marzo de 2018.

²⁹² Al respecto, puede consultarse Servicio Nacional de la Discapacidad (2017).

²⁹³ Fue presentada por un grupo de diputados encabezado por el diputado Luciano Cruz-Coke Carvallo (Boletín N° 12441-17).

²⁹⁴ Véase CLARO (1979), p. 22.

Tradicionalmente, nuestra doctrina civilista ha entendido que el ordenamiento distingue dos tipos de capacidad. Así, Claro Solar²⁹⁵ especifica que goza de un derecho el que lo tiene y que lo ejercita quien lo pone en práctica, el que lo hace valer por medio de los actos jurídicos destinados a producir a su respecto determinados efectos. Por su parte, Lyon²⁹⁶ señala que la capacidad de goce consiste en “la aptitud legal para adquirir derechos y obligaciones” y que la capacidad de obrar o de ejercicio es “la aptitud de las personas humanas para obrar por sí mismas en la vida civil”.

Claro Solar²⁹⁷ afirma que la capacidad de goce puede existir sin la capacidad de ejercicio; señala que “una persona que puede ser sujeto de derechos y que, por lo mismo, puede adquirir su goce, puede ser, según los casos, capaz o incapaz de ejercer los derechos que adquiere, de disponer de ellos”. La pregunta que surge de esta afirmación es de qué sirve ser titular de derechos si no pueden ejercerse; si es útil, en definitiva, tener capacidad de goce sin capacidad de ejercicio.

Claro Solar²⁹⁸ puntualiza la diferencia entre uno y otro tipo de capacidad al afirmar que el ejercicio de un derecho requiere en la persona que lo ejerce su aptitud para “usar con discernimiento de este derecho” y que si esta aptitud no existe, “esa persona es incapaz del acto o declaración de voluntad y no puede obligarse por sí misma, necesita ser protegida, representada o ayudada a fin de garantirla contra las consecuencias de los actos que le corresponda ejecutar”.

Aisladamente, en nuestra Doctrina más reciente, Arenas Benavides²⁹⁹ plantea críticas a la concepción tradicional de la capacidad jurídica en nuestro medio nacional, vinculándola a la noción de voluntad, de la cual los incapaces absolutos sí estarían provistos por el solo hecho de ser seres humanos. Este autor señala que la capacidad es más bien un concepto normativo, no dependiente del deseo de las personas, sino del tenor de la ley. La voluntad, en cambio, tendría una concepción psicológica, no definida por el legislador, ligada íntimamente a la acción mental humana; la capacidad sería consecuencia necesaria de la voluntad.

Efectivamente, la concepción de la capacidad en una doble dimensión (posición dualista) ha sido criticada por la doctrina de otros países. Fernández Sessarego³⁰⁰ ha señalado que la capacidad es una sola, que la de goce es inherente a la naturaleza del ser humano, que se constituye como la posibilidad o potencialidad propias de la libertad subjetiva para su transformación en actos, en conductas intersubjetivas; así como existe una sola libertad, existe

²⁹⁵ *Ibíd.* 23.

²⁹⁶ LYON, Alberto (2007), *Personas naturales*, Santiago de Chile, Ediciones Universidad Católica de Chile, p. 172.

²⁹⁷ CLARO (1979), p. 23.

²⁹⁸ *Ibíd.* 24.

²⁹⁹ Véase ARENAS (2013), pp. 75 y 81.

³⁰⁰ FERNÁNDEZ, Carlos (1999), “La capacidad de goce: ¿es posible su restricción legal?”. Disponible en: dike.pucp.edu.pe/bibliotecadeautor_carlos_fernandez_cesareo/articulos/ba_fs_8.PDF [fecha de consulta: 15 de mayo de 2018].

también una sola capacidad.

Además, los ordenamientos civiles decimonónicos son criticados por establecer sistemas de capacidad de “atribución por estatus”³⁰¹. Estos sistemas presuponen que una persona debe ser capaz de comprender la naturaleza y consecuencias de *todas* las opciones posibles en cualquier situación o decisión particular y que debe ser capaz de efectuar y comunicar voluntariamente una clara elección.

En ámbitos no estrictamente jurídicos, la “capacidad” es la aptitud o cualidad que dispone a un individuo para el buen ejercicio de algo y se le suele asociar un concepto más moderno, ausente en nuestra legislación: el de “competencia”. Esta última sería la aptitud o idoneidad para actuar o intervenir en alguna situación. En efecto, siguiendo estas orientaciones, en la literatura anglosajona la capacidad jurídica se refiere al término “competencia”; en cambio, la capacidad propiamente tal se relaciona con la capacidad de hecho o natural. En Chile, en el ámbito clínico o de investigación, se utilizarían como sinónimos los conceptos de “competencia” y “capacidad”³⁰².

Comprender la diferencia entre capacidad y competencia es esencial en la reconstrucción de los sistemas civiles decimonónicos en materia de capacidad jurídica. La competencia es más específica; se refiere a la capacidad para realizar una determinada acción o tomar una decisión determinada; una persona podría, sin dejar de ser capaz, ser competente para la ejecución de ciertos actos o la adopción de ciertas decisiones, y no de otros u otras, dependiendo del contexto y naturaleza de ellas³⁰³.

Nuestro Código Civil desconoce esta diferenciación que la doctrina jurídica más moderna viene efectuando. Así, Bach³⁰⁴ distingue cuatro estadios para la toma de decisiones: estado autónomo, asistido, de codecisión y de decisiones facilitadas. Este autor aboga por la maximización de la capacidad jurídica de las PcDICPS, a través del reconocimiento de su autonomía para adoptar decisiones en un contexto de realización progresiva.

Recordemos, además, que la Convención define la discapacidad como una condición de

³⁰¹ Es posible distinguir entre el “modelo por estatus”, basado en la discapacidad; el “consecuencialista”, basado en las decisiones de vida anteriores de una persona como parámetro para la toma de decisiones; y el “modelo funcional”, que evalúa la capacidad sobre la base del caso concreto. Véase BACH, Michael (2009), “The right to legal capacity under the UN Convention on the rights of persons with disabilities: Key concepts and directions from law reform”, pp. 5-6. Disponible en: irisinstitute.files.wordpress.com/2012/01/the-right-to-legal-capacity-under-the-un-convention_cr.pdf [fecha de consulta: 15 de mayo de 2018]. También se habla de la existencia de un “modelo de atribución directa de incapacidad”, cuando la deficiencia es la causa directa y final de la incapacitación; de un “sistema de atribución indirecta de incapacidad”, que tiene como eje central que la causa de la declaración de incapacitación se encuentra en la comprobación de ausencia de autogobierno en la persona y no en la sola presencia de la enfermedad mental (existente en España, Portugal, Italia); un “modelo funcional”, que se diferencia del anterior porque limita la imposibilidad de autogobierno a situaciones muy específicas (existente en Reino Unido e Irlanda del Norte y Nueva Zelanda); y el “modelo de apoyos”, que promueve la autonomía de la persona con discapacidad, haciendo desaparecer la figura de la interdicción (existente en el estado de Columbia, Britania, en Canadá y en Suecia). Véase FORTUNA (2013), pp. 213-241.

³⁰² MUÑOZ, María Teresa; LUCERO, Boris (2014), “Aspectos legales y bioéticos de intervenciones e investigaciones en personas con discapacidad intelectual en Chile”, en *Revista Acta Bioethica*, Vol. XX N° 1, p. 63.

³⁰³ *Ibíd.* 64.

³⁰⁴ BACH (2009), pp. 17-20.

carácter permanente y no temporal (artículo 1º); de manera que una persona que transitoriamente no puede realizar ciertas acciones no es necesariamente una persona con discapacidad. En definitiva, la discapacidad en general, y la de orden intelectual, cognitivo y/o psicosocial en particular, no es absoluta ni perpetua: depende de cada contexto en específico, de la decisión que se quiera adoptar, del interés que se quiera hacer valer.

Como veremos a continuación, la doctrina del Derecho Internacional más moderna³⁰⁵, acogiendo los postulados de la Convención, asume que la capacidad jurídica puede restringirse³⁰⁶, pero siempre que ello implique la creación y adecuada implementación de un modelo de apoyo para el ejercicio de tal capacidad de las PcDICPS en todas las áreas de sus vidas, respetando sus voluntades, deseos y preferencias, procurando asegurar la transición hacia la vida independiente y la inclusión en la comunidad. Por ello es que se prefiere definir la capacidad jurídica como el derecho a celebrar actos jurídicos y a que estos produzcan efectos conforme a las decisiones y motivaciones personales del sujeto³⁰⁷.

El desafío para el Derecho Civil radica en recoger este modelo de la Convención, traduciéndolo en nuevas reglas sobre capacidad en varios sentidos. En primer lugar, reglas que reemplacen el modelo binario –capaz versus incapaz– clásico, reconociendo que las personas son todas capaces, pero que, más bien, pueden no tener la misma competencia que otras para realizar determinados actos. En segundo lugar, redefinir las reglas sobre capacidad absoluta y relativa en el sentido de que la declaración de incapacidad jurídica sea flexible, tanto en cuanto al tipo de acto que se quiera prevenir como en cuanto al tiempo que tal restricción de la capacidad abarque. Ambos elementos –como he dicho antes– implican la creación e implementación de un sistema de apoyos tanto formales (jurídicos) como informales para la toma de decisiones, que deje en el pasado la figura de la sustitución total y absoluta de la voluntad de las PcDICPS. Este sistema, por su parte, debe contar con salvaguardas que permitan proteger a las PcDICPS frente a posibles abusos en el ejercicio de sus derechos e intereses y respecto a su persona y sus bienes³⁰⁸. Finalmente, la existencia de este sistema de

³⁰⁵ Entre los autores latinoamericanos más reconocidos en la temática se encuentran BARIFFI, Francisco (2014), “El régimen jurídico internacional de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad y sus relaciones con la regulación actual de los ordenamientos jurídicos internos”, Tesis doctoral, Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas”, Universidad Carlos III de Madrid. Disponible en: e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/18991/Francisco_%20Bariffi_tesis.pdf?sequence=1 [fecha de consulta: 15 de mayo de 2018]; y PALACIOS, Agustina (2008), *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Madrid, Editorial Cinca.

³⁰⁶ Los comentarios sobre las negociaciones que condujeron a la redacción de algunas de las normas de la Convención darían fe de ello. Véase BACH (2009), pp. 5-6.

³⁰⁷ Definición de BACH (2009), pp. 2-3.

³⁰⁸ Existen algunas salvaguardas indirectas e incipientes. Así, por ejemplo, la Ley Nº 20.422, de 2010, contempla una acción especial que podría constituir una salvaguarda al ejercicio de la capacidad jurídica de las PcDICPS. Esta ley señala que toda persona que por causa de una acción u omisión arbitraria o ilegal sufra amenaza, perturbación o privación en el ejercicio de los derechos consagrados en ella, podrá concurrir, por sí o por cualquiera a su nombre, ante el juez de policía local competente de su domicilio para que adopte las providencias necesarias para asegurar y restablecer el derecho afectado. El que fuere sancionado como autor de un acto u omisión arbitrario o ilegal pagará una multa de 10 a 120 unidades tributarias mensuales (arts. 57 y 58).

apoyos requerirá el reconocimiento y regulación de los cuidados que estas personas pueden necesitar, así como de los sujetos –familiares o terceros– que los desempeñen.

2. Inadecuación de las reglas sobre capacidad jurídica de las PcDICPS a la luz del Derecho Internacional

El hecho de que la regulación legal específica sobre la capacidad jurídica aplicable a las PcDICPS sea interpretada de tal manera que posibilite la negación de tal capacidad en su contra infringe la Convención.

En conformidad con los párrafos 1 y 2 de su artículo 12, las PcDICPS tienen derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica, así como de su capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida. Los párrafos 3 y 4 establecen que “los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al *apoyo* que puedan necesitar en el *ejercicio de su capacidad jurídica*” y asegurar “que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen *salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos (...)*”; “Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas”.

El Comité ha desarrollado estas normas de la Convención al referirse a los informes de los Estados. Así, en el párrafo 13 de la Observación General (OG) N° 1 el Comité señala que, frecuentemente, tales informes “mezclan los conceptos de capacidad mental y capacidad jurídica, de modo que cuando se considera que una persona tiene una aptitud deficiente para adoptar decisiones, a menudo como consecuencia de una discapacidad cognitiva o psicosocial, se le retira en consecuencia su capacidad jurídica para adoptar una decisión concreta”³⁰⁹.

El Comité agrega que esta situación se produce cuando ha habido “un diagnóstico de una deficiencia (criterio basado en la condición), o cuando la persona adopta una decisión que tiene consecuencias que se consideran negativas (criterio basado en los resultados), o cuando se considera que la aptitud de la persona para adoptar decisiones es deficiente (criterio funcional)”. Este último criterio “supone evaluar la capacidad mental y *denegar la capacidad jurídica* si la evaluación lo justifica. A menudo se basa en si la persona puede o no entender la naturaleza y las consecuencias de una decisión y/o en si puede utilizar o sopesar la información pertinente”.

Por su parte, en cuanto a la jurisprudencia internacional de los Derechos Humanos, puede advertirse que el sistema interamericano de Derechos Humanos ha conocido ciertos

³⁰⁹ Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (2014), “Observación General sobre el artículo 12: igual reconocimiento como persona ante la ley”, párrafo 13. Disponible en: https://www.ohchr.org/documents/hrbodies/crpd/gc/dgcarticle12_sp.doc [fecha de consulta: 15 de mayo de 2018].

casos vinculados a la reparación o el acceso a la justicia de las personas con “discapacidad mental”. A su vez, el sistema europeo ha desarrollado en sus sentencias la discriminación que sufren personas con discapacidad intelectual, en especial, la psicosocial, en contextos de limitaciones a su libertad personal, vinculando más directamente sus argumentos con la capacidad jurídica de estas personas. Sin entrar en un análisis exhaustivo, puedo referir algunos casos de ambos sistemas.

En el caso *Ximenes Lopes versus Brasil*³¹⁰, la Corte Interamericana de Derechos Humanos tuvo la oportunidad de pronunciarse por primera vez sobre la violación de los derechos de una persona que padecía “discapacidad mental”. La Corte señaló que la “discapacidad mental” no debe ser entendida como una incapacidad para determinarse y debe aplicarse la presunción de que las personas que padecen este tipo de discapacidad son capaces de expresar su voluntad, la que debe ser respetada por el personal médico y las autoridades; agregando que todo tratamiento debe ser elegido con base en el mejor interés del paciente y con respeto a su autonomía.

En el caso *Furlan y Familiares versus Argentina*³¹¹, referido a niños y niñas con discapacidad, la Corte señala que la discapacidad no se define exclusivamente por la presencia de una deficiencia física, mental, intelectual o sensorial, sino que se relaciona con las barreras o limitaciones que socialmente existen para que las personas puedan ejercer sus derechos de forma efectiva. Agrega que la obligación de los Estados es propender a la inclusión de las personas con discapacidad por medio de la igualdad de condiciones, oportunidades y participación en todas las esferas de la sociedad; resaltando que los menores de edad y las personas con discapacidad deben disfrutar de un verdadero acceso a la justicia y ser beneficiarios de un debido proceso legal en condiciones de igualdad con quienes no afrontan esas desventajas.

En el caso *García Lucero y otras versus Chile*³¹², por su parte, se trata de forma indirecta la discapacidad intelectual. La Corte observa que el señor García no ha recibido reparación integral al ser víctima de tortura, detención ilegal y posterior exilio, ya que las reparaciones recibidas no son adecuadas, no fueron prontas y no han sido efectivas. La Corte indica que

³¹⁰ Sentencia de fecha 4.07.2006, Serie C N° 149, Corte Interamericana de Derechos Humanos, párrafos 130 y 135. Damiao Ximenes Lopes sufría discapacidad mental, fue hospitalizado en un centro de atención psiquiátrico privado, falleciendo a los tres días debido a las condiciones inhumanas y degradantes en que se encontraba y a los golpes que recibió de parte de los funcionarios de tal centro.

³¹¹ Sentencia de fecha 31.08.2012, Serie C N° 246, Corte Interamericana de Derechos Humanos, párrafos 133 a 135. Sebastián Furlan, de 14 años de edad, ingresó a un predio abandonado cercano a su domicilio, propiedad del Ejército argentino, con fines de esparcimiento, donde intentó colgarse de un travesaño, sufriendo un accidente que le ocasiona secuelas irreversibles, tanto motrices como psicológicas. El caso se inicia debido a la responsabilidad internacional del Estado por la falta de respuesta oportuna por parte de las autoridades judiciales argentinas, quienes habrían incurrido en una demora excesiva en la resolución de la acción civil contra el Estado, de cuya respuesta dependía el tratamiento médico de la víctima.

³¹² Sentencia de fecha 28.08.2013, Serie C N° 267, Corte Interamericana de Derechos Humanos, párrafos 164 y 165. Chile había omitido disponer una reparación integral a favor del señor García Lucero, desde una perspectiva individualizada y tomando en consideración su condición de exiliado, así como su discapacidad mental y física permanente, que padece como consecuencia de las torturas sufridas; presentando, además, una afección cardíaca junto con problemas de movilidad, desorden por estrés postraumático severo complejo y síntomas de depresión de rango severo.

todo programa de reparación debe construirse sobre la base del principio de no discriminación, señalando que las víctimas en las condiciones del señor García o su familia no tienen acceso al Programa de Reparación y Atención Integral en Salud a los Afectados por Violaciones a los Derechos Humanos (PRAIS) en el Reino Unido, mientras que las víctimas sobrevivientes de tortura que se encuentran en Chile y sus familiares de primer grado sí tienen este acceso al referido programa.

En el contexto europeo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) ha conocido con anterioridad casos relacionados directamente con la capacidad jurídica y discapacidad intelectual. Así, en *Winterwerp versus The Netherlands*³¹³ ha señalado que sea cual sea la justificación para privar a una persona de la capacidad de administrar su propiedad, las garantías establecidas por el artículo 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos –referido al derecho a un proceso equitativo– deben ser respetadas; si bien la enfermedad mental puede legitimar ciertas limitaciones al ejercicio del derecho a la justicia, no puede implicar la total ausencia de tal derecho. Asimismo, en *Sýkora versus The Czech Republic*³¹⁴, el TEDH señala que no se puede obviar el hecho de que la enfermedad mental tiene un desarrollo; agregando que basarse en el examen médico del demandante hecho seis años antes no puede formar evidencia conclusiva y confiable que justifique una interferencia con los derechos del demandante.

No obstante el impacto que estas condenas internacionales generan, son pocos los países que han adaptado sus regímenes tradicionales de capacidad jurídica a los postulados de la Convención. En este sentido, se ha señalado que “resulta alentador que, desde la aprobación de la Convención, numerosos países, como Argentina, República Checa, Costa Rica e Irlanda, han revisado sus marcos jurídicos a fin de reconocer el derecho de las personas con discapacidad a acceso a apoyo para ejercer su capacidad jurídica. A fin de respaldar un verdadero cambio de paradigma, la aplicación de sistema de apoyo para la adopción de decisiones debe acompañarse de la abolición de todos los regímenes de sustitución en la adopción de decisiones”³¹⁵.

³¹³ Sentencia de fecha 24.10.1979, N° 6301/73, Corte Europea de Derechos Humanos, párrafos 75 y 76. Mr. Frits Winterwerp había sido internado en un hospital psiquiátrico por un procedimiento de emergencia, y seis semanas después es confinado al mismo hospital por requerimiento de su cónyuge. Por las posteriores solicitudes de su mujer y el fiscal público, la orden de internación fue renovada año a año sobre la base de reportes médicos. El peticionario se queja del procedimiento utilizado, objetando que nunca fue oído por la justicia o notificado de las órdenes en su contra; que no recibió asistencia legal y que no tuvo oportunidad de discutir los reportes médicos; impugnando también las decisiones respecto a su internación y pérdida de capacidad civil.

³¹⁴ Sentencia de fecha 22.11.2012, N° 23419/07, Corte Europea de Derechos Humanos, párrafo 111. Mr. Sýkora es una persona con una discapacidad psicosocial que no ha tomado medicamentos por muchos años, pues considera que tienen un impacto adverso en su vista, usando otros métodos para lidiar con su enfermedad. Estando privado de su capacidad jurídica, en 2005 mantiene una discusión verbal y no violenta con su compañera, a raíz de lo cual es ingresado en un hospital psiquiátrico.

³¹⁵ Consejo de Derechos Humanos (2016), “Informe de la Relatora Especial sobre los derechos de las personas con discapacidad”, párrafo 77. Disponible en: www.derechoshumanos.unlp.edu.ar/assets/files/documentos/informe-de-la-relatora-especial-de-las-personas-con-dis-capacidad-diciembre-2016.pdf [fecha de consulta: 15 de mayo de 2018]. La Organización de Estados Americanos ha señalado que “en ninguno de los Estados la legislación nacional contempla mecanismos de sistemas o de apoyo a favor de las personas con discapacidad en términos del artículo 12 de la Convención”. Véase Organización de los Estados Americanos (2015), “Diagnóstico regional sobre el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con

Chile mantiene esta deuda. Si bien encontramos normas especiales a nivel legal que intentan recoger los postulados de la Convención, nuestro país no ha emprendido reformas sustanciales al respecto³¹⁶. De esta forma, normas especiales referidas a las PcDICPS conviven con otras de mayor anclaje jurídico –contenidas en el Código Civil fundamentalmente– que descansan en un paradigma del siglo XIX que niega autonomía a las PcDICPS. Reformar este paradigma es, a mi juicio, uno de los grandes desafíos del Derecho Civil chileno y de los ordenamientos latinoamericanos que siguieron el modelo de Bello³¹⁷.

En otros países, no obstante contemplar sistemas similares de sustitución de voluntad que desconocen el ejercicio de la capacidad jurídica a las PcDICPS, se han hecho esfuerzos por adecuar la legislación civil a la Convención. En Chile, ni el legislador ni nuestros tribunales han sido capaces de realizarlos³¹⁸. Por el contrario, en sede judicial y administrativa se ha

discapacidad”, conclusión número 18. Disponible en: www.oas.org/es/sedi/ddse/documentos/Español_Diagnostico.pdf [fecha de consulta: 15 de mayo de 2018].

³¹⁶ El artículo 3º de la Ley Nº 20.422 (10.02.2010), que “establece normas sobre igualdad de oportunidad e inclusión social de personas con discapacidad”, integra al ordenamiento jurídico nacional el principio de vida independiente, entendiéndolo como el estado que permite a una persona tomar decisiones, ejercer actos de manera autónoma y participar activamente en la comunidad, en ejercicio del libre desarrollo de la personalidad.

³¹⁷ El Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación argentina, de 2014, contempla la existencia de personas con capacidad restringida y, muy excepcionalmente, incapacitadas; ellas ejercen su capacidad jurídica a través de un sistema de apoyos determinado en la sentencia judicial que se pronuncia al respecto (arts. 31 y siguientes). En Perú, el Decreto Nº 1.348, de 4 de septiembre de 2018, modificó el Código Civil eliminando la incapacidad por razón de discapacidad, reconociendo igualdad en el ejercicio de la capacidad jurídica a todas las personas y creando apoyos y salvaguardas para dicho ejercicio en un capítulo especialmente dedicado a ello (arts. 659 A-659 H).

³¹⁸ Es el caso de España y de Perú. En el primero, la incapacitación equivale a nuestra interdicción por “demenia”. Conforme señala Leciñena, en el 95% de los casos, las demandas de incapacitación terminan con una sentencia plena para todos los actos; no obstante, han ido surgiendo otras figuras menos radicales en términos de privación de derechos. Así, la denominada curatela es utilizada como una “tutela parcial”, es decir, limitada a un ámbito concreto, generalmente patrimonial (p. 160); y la guarda de hecho también ha logrado ser adaptada a una institución tuitiva flexible (pp. 163, 169 y 170). Véase LECIÑENA, Ascensión (2014), “Alternativas a los procedimientos de modificación de la capacidad de obrar en la protección de las personas mayores con discapacidad: ordenación *ex voluntate* y figuras tuitivas de apoyo”, en *Estudios jurídicos sobre la protección de las personas con discapacidad*, Martín García-Ripoll y Ascensión Leciñena (coordinadores), Navarra, Thomson Reuters Aranzadi, pp. 131-182. Por otra parte, España ha reconocido legalmente manifestaciones de autotutela y de otorgamiento de poderes preventivos, instituciones que colaboran en la construcción del sistema de guarda. Véase PARRA, María Ángeles (2014), “Autonomía de la voluntad y protección de las personas con discapacidad”, en *Estudios jurídicos sobre la protección de las personas con discapacidad*, Martín García-Ripoll y Ascensión Leciñena (coordinadores), Navarra, Thomson Reuters Aranzadi, p. 226. La jurisprudencia peruana, a su vez, antes de la modificación al Código Civil referida en la nota anterior, presentaba hitos importantes en el reconocimiento pleno de los derechos de las PcDICPS. Así, en un caso relativo a una persona con esquizofrenia que había sido declarada interdicta, la sentencia de fecha 25/04/2018 (Proceso de amparo), en expediente Nº 25158-2013-0-1801-JR-CI-02, de la Corte Superior de Justicia de Lima, Tercera Sala Civil, señaló que las restricciones e interpretaciones de la legislación nacional no eran excusa para no aplicar las disposiciones de la Convención, entre otras razones, pues la persona se encontraba con tratamiento médico especializado que le permitía una mejor calidad de vida; y, por lo tanto, decidió que las resoluciones que declaraban la interdicción habían vulnerado el derecho a la tutela procesal efectiva (considerandos 20º y 21º). Con anterioridad, la sentencia de fecha 26.08.2014 (Proceso de amparo), en expediente Nº 25158-2013-0-1801-JR-CI-02, de la Corte Superior de Justicia de Lima, Segundo Juzgado Constitucional de Lima, había declarado la nulidad de las sentencias dictadas en el proceso de interdicción, señalando que la interdicción debe contener el programa de tratamiento y el proceso de inclusión social, como el aprendizaje de habilidades, conocimientos y mecanismos que permitieran a la persona una independencia personal, laboral y social, sin limitarse al solo enunciado de la interdicción (considerando 8º).

sostenido la legitimidad de las reglas que regulan la declaración de interdicción por demencia.

En 2016, nuestro Tribunal Constitucional³¹⁹ conoció una solicitud de declaración de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 456 del Código Civil y del artículo 4° de la Ley N° 18.600 para que surtiera efectos en una gestión voluntaria de interdicción por demencia. Esta gestión pendiente se refería a la petición de una madre de declarar a su hijo de 20 años interdicto por demencia, el cual sufría una discapacidad que lo afectaba en sus actividades psíquicas en un 30%. La petición se había fundado en los artículos 459 y 443 del Código Civil y en el mencionado artículo 4°, señalando que con su aplicación se vulneraba el derecho a la igualdad, invocando también la Convención mediante el artículo 5° de la Carta Fundamental y especialmente el artículo 12 de la Convención.

El Tribunal Constitucional rechazó la solicitud argumentando que la naturaleza de la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad impediría efectuar juicios de valor o de mérito sobre la legislación, porque: 1) la constitucionalidad de la ley se presume; 2) los juicios de mérito sobre la obra legislativa están fuera de su competencia; 3) el deber que adquiere el Estado de adecuar su normativa interna a las normas contenidas en tratados internacionales corresponde a los órganos colegisladores (considerando 6°).

Por otra parte, el Tribunal señaló que los tratados internacionales tienen un rango inferior a la Constitución y que no constituyen *per se* parámetros autónomos de control de constitucionalidad, en el sentido de habilitarla directamente para contrastar su sentido y alcance con los preceptos legales que presuntamente los contrarían (considerando 11°). Afirmó también que *existe una diferencia de trato entre personas capaces e incapaces que obliga al legislador a diseñar los mecanismos necesarios para proteger* a estas últimas, al tiempo que asegura la protección del interés social, de lo que no se sigue que se desconozca su capacidad de goce (considerando 15°). Agregó que las normas impugnadas no producirían resultados contrarios a la Constitución y que una eventual adecuación de la legislación nacional a los parámetros derivados de la Convención debe ser efectuada por los órganos colegisladores (considerando 27°).

Finalmente, al igual que en el procedimiento judicial voluntario, la legalidad de este procedimiento administrativo ha sido avalada por los órganos del Estado; esta vez, por la Contraloría General de la República, en Dictamen N° 27.016, de 10 de mayo de 2012, donde señaló que: “(...) tampoco existe fundamento para sostener que la entrada en vigencia para nuestro país de la Convención (...) haya importado la *derogación del sistema de curaduría* en referencia, lo cual de acuerdo con los antecedentes adjuntos, se adujo como argumento para dejar de aplicarlo. En efecto, la norma especial del artículo 18 bis de la Ley N° 18.600 propende a *brindar una protección particular a los discapacitados* a que ella se refiere, facilitando la administración de sus bienes por quienes los cuidan, lo cual se enmarca precisamente en el ámbito del artículo 12, N° 3, de la convención en referencia”.

Una vez más, la referida norma de la Convención es incorrectamente interpretada en el sentido de que la sustitución de la voluntad a través de la interdicción es un apoyo para las

³¹⁹ Sentencia de 2 de enero de 2016, rol N° 2703-15.

PcDICPS, sin siquiera distinguir la intensidad de la discapacidad. Más reprochable es aún este pronunciamiento en el sentido de que avala la constitucionalidad de un trámite administrativo que no cuenta con un control de legalidad de carácter judicial (la limitación del ejercicio de derechos exige un examen de legalidad, razonabilidad y proporcionalidad de la medida, que la administración no efectúa, según lo normado en la Ley N° 18.600).

V. CONCLUSIONES

Chile cuenta con un marco normativo deficiente de protección de derechos de las PcDICPS, observándose que distintas leyes permanecen ancladas a un modelo médico que considera que estas personas padecen de alguna enfermedad mental. El ordenamiento no ha logrado recepcionar el paradigma social de la Convención –que concibe la discapacidad como resultante de las barreras del entorno y no en la propia persona– no obstante su ratificación en 2008.

A esta situación se suma la escasez de estudios que permitan definir claramente cuántas PcDICPS existen y cuál es su calidad de vida; por lo cual, no obstante algunos esfuerzos desplegados en las últimas décadas, las políticas públicas impulsadas no han sido pertinentes. No hay claridad tampoco en cuanto a los tipos y grados de discapacidad existentes, observándose dispersión conceptual en los escasos instrumentos de medición aplicados a la población.

Por su parte, como se ha intentado demostrar en este trabajo, la legislación general y especial utiliza denominaciones arbitrarias para referirse a las PcDICPS y, más aún, la ley civil no ha adecuado sus reglas sobre capacidad e interdicción por “demencia” a los postulados de la Convención. Ello ha permitido la existencia de barreras legales y de prácticas discriminatorias que atentan contra la dignidad de tales personas, en ámbitos de su libertad personal, relaciones familiares, salud, relaciones contractuales, derechos políticos y acceso a ciertos cargos y funciones.

Por estas razones, el Estado chileno debe reemplazar el actual modelo de sustitución de voluntad por uno que respete la dignidad de las PcDICPS. El desafío para el Derecho Civil radica en recepcionar la Convención, redefiniendo las reglas sobre capacidad en varios sentidos. En primer lugar, reconociendo que las personas son todas capaces, pero que, más bien, pueden no tener la misma competencia que otras para realizar determinados actos. En segundo lugar, redefinir las reglas sobre capacidad absoluta y relativa en el sentido de que la declaración de incapacidad jurídica sea flexible, tanto en cuanto al tipo de acto que se quiera prevenir como en cuanto al tiempo que tal restricción de la capacidad abarque. Ambos elementos implican la creación e implementación de un sistema de apoyos tanto formales (jurídicos) como informales para la toma de decisiones. Este sistema debe contar con salvaguardas que permitan proteger a las PcDICPS frente a posibles abusos en el ejercicio de sus derechos e intereses y respecto a su persona y sus bienes. Finalmente, la existencia de este sistema de apoyos requerirá el reconocimiento y regulación de los cuidados que estas personas pueden necesitar, así como de los sujetos –familiares o terceros– que los desempeñen.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- ALESSANDRI, Arturo (2008), *La nulidad y la rescisión en el Derecho Civil chileno*, tomo I, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile.
- ARAVENA, José Miguel; GAJARDO, Jean (2017), “Tensiones en torno a la inclusión de personas con diagnóstico de demencia en investigación científica”, en *Acta Bioethica*, N° 23(2).
- ARENAS, Ángela; SLACHEVSKY, Andrea (2017), “¿Sé y puedo? Toma de decisión y consentimiento informado en los trastornos demenciantes: dilemas diagnósticos y jurídicos en Chile”, en *Rev. Méd. Chile*, N° 145.
- ARENAS, Sergio (2013), “Hacia el fin del dogma ‘voluntad es capacidad’ en el Derecho Civil chileno”, en *Revista Derecho y Justicia*, N° 3.
- BACH, Michael (2009), “The right to legal capacity under the UN Convention on the rights of persons with disabilities: Key concepts and directions from law reform”. Disponible en: irisinsti-tute.files.wordpress.com/2012/01/the-right-to-legal-capacity-under-the-un-convention_cr.pdf [fecha de consulta: 15 de mayo de 2018].
- BACH, Michael; KERZNER, Lana (2010), “A new paradigm for protecting autonomy and the right to legal capacity”. Disponible en: www.lco-cdo.org/wp-content/uploads/2010/11/disabilities-commissioned-paper-bach-kerzner.pdf [fecha de consulta: 15 de mayo de 2018].
- BARIFFI, Francisco (2014), “El régimen jurídico internacional de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad y sus relaciones con la regulación actual de los ordenamientos jurídicos internos”, Tesis doctoral, Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas”, Universidad Carlos III de Madrid. Disponible en: e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/18991/Francisco_%20Bariffi_tesis.pdf?sequence=1 [fecha de consulta: 15 de mayo de 2018].
- Cámara de Diputados (2016), Boletín N° 10755-11, refundido con el Boletín N° 10563-11. Disponible en: www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=11189 [fecha de consulta: 15 de mayo de 2018].
- _____ (2008), Boletín N° 6247-07. Disponible en: vlex.cl/vid/modifica-codigo-civil-textos-556802154 [fecha de consulta: 14 de mayo de 2018].
- CLARO, Luis (1979), *Explicaciones de Derecho Civil chileno y comparado*, tomo XI, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile.
- Comisión Asesora Presidencial sobre Inclusión Social de Personas en Situación de Discapacidad (2016), “Propuesta Plan Nacional sobre Inclusión Social de Personas en Situación de Discapacidad”. Disponible en: www.senadis.cl/descarga/i/3372 [fecha de consulta: 15 de mayo de 2018].
- Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (2016), “Observaciones finales sobre el informe inicial de Chile” (versión avanzada no editada). Disponible en: ac-nudh.org/wp-content/uploads/2016/05/CRPD_C_CHL_CO_1_23679_S.pdf [fecha de consulta: 15 de mayo de 2018].
- _____ (2014), “Observación General sobre el artículo 12: igual reconocimiento como per-

- sona ante la ley”. Disponible en: https://www.ohchr.org/documents/hrbodies/crpd/gc/dgcarticle12_sp.doc [fecha de consulta: 15 de mayo de 2018].
- Consejo de Derechos Humanos (2016), “Informe de la Relatora Especial sobre los derechos de las personas con discapacidad”. Disponible en: www.derechoshumanos.unlp.edu.ar/assets/files/documentos/informe-de-la-relatora-especial-de-las-personas-con-discapacidad-diciembre-2016.pdf [fecha de consulta: 15 de mayo de 2018].
- Convenio Vidautónoma (2017), “Hacia un sistema nacional de promoción de la vida independiente y la inclusión en la comunidad para personas con discapacidad intelectual, cognitiva y psicosocial: Aportes del ciclo sobre capacidad jurídica”. Disponible en: vidautonoma.cl/wp-content/uploads/2017/12/documento-capacidad-juridica-VF.pdf [fecha de consulta: 14 de mayo de 2018].
- CORRAL, Hernán (2018), “Cuidado personal y guardas”, en *Jurisprudencia crítica. Comentarios de fallos 2015-2017*, Hugo Cárdenas (editor), Santiago de Chile, Rubicón Editores.
- _____ (2011), “Interdicción de personas que sufren trastorno de dependencia a la cocaína”, en *Revista de Derecho*, Vol. XXIV N° 2.
- Dirección de Estudios de la Corte Suprema (2017), “Análisis Estadístico de la Ley N° 20.609: Una mirada desde el acceso a la justicia a cinco años de su vigencia”. Disponible en: decs.pjud.cl/documentos/descargas/Articulo_An_lisis_Estad_stico_de_la_Ley_20_609.pdf [fecha de consulta: 15 de mayo de 2018].
- FERNÁNDEZ, Carlos (1999), “La capacidad de goce: ¿es posible su restricción legal?”. Disponible en: dike.pucp.edu.pe/bibliotecadeautor_carlos_fernandez_cesareo/articulos/ba_fs_8.PDF [fecha de consulta: 15 de mayo de 2018].
- Fondo Nacional de la Discapacidad (2004), “Estudio Nacional de la Discapacidad 2004, Encuesta I”. Disponible en: www.senadis.gob.cl/documentos/listado/137/estudios-estadisticas-informes [fecha de consulta: 15 de mayo de 2018].
- FORTUNA, Sebastián (2013), “Aproximaciones al régimen de la capacidad en el Proyecto de Reforma de los Códigos Civil y Comercial de la Nación”, en *Revista Jurídica UCES*, N° 17.
- FRIGERIO, César (1989), “Incapacidad civil y representación legal del enfermo mental”, en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 16 N° 1.
- FRIGERIO, César; LETELIER, Cristián (1992), “Sobre la capacidad de los dementes y sordomudos (especialmente de aquellos que no pueden darse a entender por escrito)”, en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 19 N° 1.
- Fundación Descúbreme (2006), “Discapacidad cognitiva”. Disponible en: www.descubreme.cl/informacion [fecha de consulta: 15 de mayo de 2018].
- Instituto Nacional de Estadísticas (2012), *Resultados XVIII Censo de Población, 2012. Características demográficas, sociales, culturales y económicas de la población*, tomo I.
- LECIÑENA, Ascensión (2014), “Alternativas a los procedimientos de modificación de la capacidad de obrar en la protección de las personas mayores con discapacidad: ordenación *ex*

- voluntate* y figuras tuitivas de apoyo”, en *Estudios jurídicos sobre la protección de las personas con discapacidad*, Martín García-Ripoll y Ascensión Leciñena (coordinadores), Navarra, Thomson Reuters Aranzadi.
- LEÓN, Avelino (1979), *La voluntad y la capacidad en los actos jurídicos*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile.
- LYON, Alberto (2007), *Personas naturales*, Santiago de Chile, Ediciones Universidad Católica de Chile.
- Ministerio de Salud (2017), “Plan Nacional de Demencia 2017”. Disponible en: <https://www.gerontologia.org/portal/archivosUpload/uploadManual/CHILE-PLAN-DE-DEME N CIA.pdf> [fecha de consulta: 15 de mayo de 2018].
- MUÑOZ, María Teresa; LUCERO, Boris (2014), “Aspectos legales y bioéticos de intervenciones e investigaciones en personas con discapacidad intelectual en Chile”, en *Revista Acta Bioethica*, Vol. XX N° 1.
- Notarios Chile, Trámites de notaría. Disponible en: notarioschile.cl/tramites/ [fecha de consulta: 15 de mayo de 2018].
- Observatorio de Derechos Humanos de las Personas con Discapacidad Mental (2014), “Derechos Humanos de las Personas con Discapacidad Mental: Diagnóstico de la Situación en Chile”. Disponible en: www.senadis.gob.cl/descarga/i/3330 [fecha de consulta: 15 de mayo de 2018].
- Organización de los Estados Americanos (2015), “Diagnóstico regional sobre el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad”. Disponible en: www.oas.org/es/sedi/ddse/documentos/Español_Diagnostico.pdf [fecha de consulta: 15 de mayo de 2018].
- OTÁROLA, Yasna (2018), “La protección de la capacidad de los adultos mayores a través de la autonomía de la voluntad en el Derecho chileno”, en *Estudios de Derecho de Familia III*, Carmen Domínguez (coordinadora), Santiago de Chile, Thomson Reuters.
- PALACIOS, Agustina (2008), *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Madrid, Editorial Cinca.
- PARRA, María Ángeles (2014), “Autonomía de la voluntad y protección de las personas con discapacidad”, en *Estudios jurídicos sobre la protección de las personas con discapacidad*, Martín García-Ripoll y Ascensión Leciñena (coordinadores), Navarra, Thomson Reuters Aranzadi.
- RAMOS, René (2007), *Derecho de Familia*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile.
- SALINAS, Carlos (2014), “La incapacidad para consentir en el matrimonio por causas de naturaleza psíquica: del matrimonio canónico al matrimonio civil”, en *Estudios de Derecho Civil IX*, Susan Turner y Andrés Varas (coordinadores), Santiago de Chile, Thomson Reuters.
- Servicio Nacional de la Discapacidad (2017), “Representantes de países se reunieron para abordar proyecto de ley sobre capacidad jurídica de personas con discapacidad”, 29 de junio de 2017. Disponible en: www.senadis.gob.cl/sala_prensa/d/noticias/6670/representantes-de-paises-se-reunieron-para-abordar-proyecto-de-ley-sobre-capacidad-juridica-de-personas-con-discapacidad [fecha

de consulta: 15 de mayo de 2018].

_____ (2016), “II Estudio Nacional de la Discapacidad”. Disponible en: www.senadis.cl/pag/355/1197/ii_estudio_nacional_de_discapacidad [fecha de consulta: 15 de mayo de 2018].

SILVA, Paula (2017), *La capacidad jurídica de las personas con discapacidad intelectual: régimen jurídico chileno y bases para su modificación*, Santiago de Chile, Thomson Reuters.

SOMARRIVA, Manuel (1946), *Derecho de Familia*, Santiago de Chile, Editorial Nascimento.