

ESTUDIOS DE DERECHO CIVIL XIII

PONENCIAS PRESENTADAS EN LAS
XV JORNADAS NACIONALES DE DERECHO CIVIL

CLAUDIA BAHAMONDES OYARZÚN
LEONOR ETCHEBERRY COURT
CARLOS PIZARRO WILSON
(EDITORES)



THOMSON REUTERS

ÍNDICE

	Página
PRESENTACIÓN	1
 I. PERSONA Y DERECHOS REALES 	
EL DERECHO DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD INTE- LECTUAL AL RECONOCIMIENTO DE SU CAPACIDAD JURÍDICA.....	5
<i>Fabiola Lathrop Gómez</i>	
DEFENDIÉNDOSE DE LAS INTERFERENCIAS CON EL USO Y GOCE DE INMUEBLES EN LAS QUE NO HAY DESPOJO O PRIVACIÓN DE LA POSESIÓN DEL INMUEBLE: ASPECTOS PROBLEMÁTICOS QUE PRESENTA LA QUERRELLA DE AMPARO.....	19
<i>Arturo Ibáñez León</i>	
ACTO JURÍDICO UNILATERAL DE CONSTITUCIÓN DE SERVI- DUMBRES: TÍTULO QUE PUEDE INSCRIBIRSE	41
<i>Gian Franco Rosso Elorriaga</i>	
PROTECCIÓN DE LA APARIENCIA Y CIRCULACIÓN DE LOS BIENES. UN INTENTO DE EXPLICACIÓN A PARTIR DE LA BUE- NA FE	67
<i>Pablo Cornejo Aguilera</i>	

EL CÓDIGO CIVIL CHILENO PERMITE LA CESIÓN DEL DERECHO DE USUFRUCTO, ESTO ES, LA CALIDAD DE USUFRUCTUARIO, Y NO SOLO DEL DERECHO DE EMOLUMENTO O FACULTAD DE PERCIBIR LOS FRUTOS DE LA COSA FRUCTUARIA	85
<i>Hugo Rosende Álvarez - Isabel Warnier Readí</i>	
¿POR QUÉ EL POSEEDOR PIERDE LA BUENA FE DESDE LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA Y NO DESDE LA NOTIFICACIÓN LEGAL DE LA MISMA, COMO ES LA REGLA GENERAL RESPECTO DE LAS RESOLUCIONES JUDICIALES?	105
<i>Ruperto Pinochet Olave</i>	
DE LA INCAPACIDAD JURÍDICA A LA DISCAPACIDAD: UNA REVISIÓN CRÍTICA DE LA VOLUNTAD COMO REQUISITO DE CAPACIDAD EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO CHILENO	123
<i>Yerko Cubillos Román</i>	
LA DERELICCIÓN DE BIENES CORPORALES EN EL DERECHO CIVIL CHILENO.....	145
<i>Pamela Mendoza Alonzo</i>	
LA INSCRIPCIÓN DE DOMINIO SIN FIRMA DEL CONSERVADOR: LOS INCONVENIENTES DE UNA SOLUCIÓN QUE HAN DADO LOS TRIBUNALES	165
<i>Pedro Hidalgo Sarzosa</i>	
DESPROTECCIÓN COMO PARADOJA DE LA INSCRIPCIÓN: CUESTIONES DE JUSTIFICACIÓN DE LA TEORÍA DE LA POSESIÓN INSCRITA	181
<i>Esteban Pereira Fredes</i>	

II. OBLIGACIONES Y CONTRATOS

EL PRINCIPIO DE LA ESPECIALIDAD Y LA INTERRUPCIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN EN RELACIÓN CON LAS OBLIGACIONES CAMBIARIAS SOLIDARIAS.....	207
<i>Carmen Domínguez Hidalgo</i>	

	Página
ALGUNOS PROBLEMAS QUE PLANTEA LA APLICACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 2478 DEL CÓDIGO CIVIL Y 105 DE LA LEY GENERAL DE BANCOS EN EL SISTEMA DE PRELACIÓN DE CRÉDITOS.....	225
<i>Cristián Aedo Barrena</i>	
EL ARTÍCULO 1962 DEL CÓDIGO CIVIL FRENTE AL ARRENDATARIO: UNA INTERPRETACIÓN ALTERNATIVA	249
<i>Cristián Andrés Larraín Páez</i>	
ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE LA PROHIBICIÓN DE LA <i>LEX COMMISSORIA</i> EN LA EVOLUCIÓN DE LAS GARANTÍAS REALES Y EL <i>LEASEBACK</i>	261
<i>Eduardo Darritchon Pool</i>	
MODERNIZACIÓN DEL DERECHO CHILENO DE CONTRATOS: ¿DOCTRINA, JURISPRUDENCIA, REFORMA LEGAL?	285
<i>Enrique Barros Bourie</i>	
LA TENSION CONTEMPORÁNEA ENTRE LITERALIDAD, BUENA FE Y APLICACIÓN PRÁCTICA DE LOS CONTRATOS	307
<i>Fabián Elorriaga De Bonis</i>	
¿POR QUÉ LOS BANCOS ESTÁN DEJANDO DE INTRODUCIR LA “CLÁUSULA DE GARANTÍA GENERAL HIPOTECARIA”?	325
<i>Gonzalo Severin Fuster</i>	
OBLIGACIONES SOLIDARIAS Y COSA JUZGADA EN EL JUICIO EJECUTIVO	351
<i>Hernán Corral Talciani</i>	
ALGUNAS CONSIDERACIONES ACERCA DEL “CIERRE DE NEGOCIOS”	371
<i>Isabel Margarita Zuloaga Ríos</i>	
A PROPÓSITO DEL CASO DE OBLIGACIÓN NATURAL DEL ARTÍCULO 1470 N° 4° DEL CÓDIGO CIVIL	401
<i>Jaime Alcalde Silva</i>	
EL DERECHO CIVIL Y LAS CARTAS DE RESGUARDO QUE EMITEN LOS BANCOS CUANDO REFINANCIAN UN CRÉDITO HIPOTE-	

CARIO, PARA QUE EL PRIMER BANCO ALCE SU HIPOTECA Y SE CONSTITUYA OTRA A FAVOR DEL BANCO REFINANCIADOR.....	433
<i>José Joaquín Ugarte Godoy</i>	
EL ÁMBITO DE PROTECCIÓN DEL CONTRATO COMO MECANIS- MO PARA DETERMINAR LA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 1945 DEL CÓDIGO CIVIL Y DE LA LEY N° 18.101 EN LA TERMINA- CIÓN DEL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO DE BIENES RAÍCES URBANOS POR NO PAGO DE RENTAS	443
<i>Juan Ignacio Contardo González</i>	
LECCIONES DE UN ANÁLISIS COMPARADO DE DISTRIBUCIÓN DE RIESGOS DEL CONTRATO DE CONSTRUCCIÓN CON ALGU- NOS MODELOS ESTANDARIZADOS INTERNACIONALES	455
<i>María Sara Rodríguez Pinto</i>	
NOTAS SOBRE EL MANDATO APARENTE.....	483
<i>Ramón Domínguez Águila</i>	

III. RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL Y EXTRACONTRACTUAL

LA SITUACIÓN ECONÓMICA DE LAS PARTES Y LA AVALUACIÓN DEL DAÑO MORAL. AL RESCATE DE UNA VIEJA TESIS	497
<i>Alberto Pino Embart</i>	
IMPROCEDENCIA DEL DAÑO MORAL COMO CATEGORÍA COM- PENSATORIA DE LA AFECTACIÓN AL INTERÉS COLECTIVO FREN- TE AL RECONOCIMIENTO DEL DAÑO PUNITIVO.....	515
<i>Aldo Molinari Valdés</i>	
EL DERECHO A SUBSANAR EL INCUMPLIMIENTO COMO LÍMITE A LA AUTONOMÍA DE LA INDEMNIZACIÓN EN DERECHO DE CONTRATOS. INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y EJERCICIO AUTÓ- NOMO.....	533
<i>Álvaro Vidal Olivares</i>	

	Página
LA RESPONSABILIDAD SUBSIDIARIA	547
<i>Andrés Kunzar Oneto</i>	
EL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD DEL SERVIU FRENTE A LA EMPRESA CONSTRUCTORA DE VIVIENDAS SOCIALES: ¿RESPON- SABILIDAD CONTRACTUAL SIN CONTRATO?	563
<i>Bruno Caprile Biermann</i>	
LAS CLÁUSULAS DE SALIDA EN LOS CONTRATOS. UNA TÉCNI- CA QUE PERMITE ESCAPAR, PERO SIN INCUMPLIR.....	581
<i>Carlos Pizarro Wilson</i>	
DESISTIMIENTO Y RESOLUCIÓN ¿OPCIÓN DEL ACREEDOR EN UN CONTRATO BILATERAL?: UNA RESPUESTA DESDE EL DE- RECHO COMÚN.....	593
<i>Claudia Mejías Alonzo</i>	
CONSECUENCIAS CIVILES APLICABLES ANTE EL INCUMPLI- MIENTO DE LA OBLIGACIÓN PRECONTRACTUAL DE INFOR- MAR	619
<i>Gabriel Hernández Paulsen</i>	
PREVISIBILIDAD Y CAUSALIDAD	635
<i>Íñigo de la Maza Gazmuri</i>	
NOTA SOBRE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRAC- TUAL DE LOS NIÑOS. ESPECIAL REFERENCIA AL REQUISITO DE IMPUTABILIDAD CIVIL Y AL ESTÁNDAR DE DILIGENCIA	655
<i>Lucía Rizik Mulet</i>	
ALGUNOS ASPECTOS QUE PLANTEA LA ACEPTACIÓN DE LA TESIS DE LA TRANSMISIBILIDAD DE LA ACCIÓN INDEMNIZATORIA POR DAÑO MORAL	673
<i>Manuel Barría Paredes</i>	
LA RESOLUCIÓN ANTICIPADA DEL CONTRATO: REANUDANDO EL DEBATE EN TORNO AL INCUMPLIMIENTO DOLOSO	689
<i>Pamela Prado López</i>	
TUTELA PRECONTRACTUAL <i>VERSUS</i> TUTELA CONTRACTUAL EN EL CÓDIGO CIVIL CHILENO: ¿EFECTO ESPEJO O REFLEJO?	707
<i>Patricia Verónica López Díaz</i>	

CAUSALIDAD INCIERTA, ALTERNATIVA Y FLEXIBILIDAD PROBATORIA	737
<i>Renzo Esteban Munita Marambio</i>	
EL DEBER GENERAL DE DILIGENCIA DE LOS DIRECTORES DE SOCIEDADES ANÓNIMAS ¿ES SOLAMENTE UNA OBLIGACIÓN DE MEDIO SIMPLE?	773
<i>Sara Moreno Fernández</i>	
LA EJECUCIÓN PERSONAL COMO LÍMITE AL CUMPLIMIENTO ESPECÍFICO DEL CONTRATO: UN ACERCAMIENTO A PARTIR DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE DEUDOR.....	799
<i>Claudia Bahamondes Oyarzún</i>	
LA POSIBILIDAD DE ACCIONAR POR <i>WRONGFUL BIRTH</i> EN CHILE	817
<i>Leonor Etcheberry Court</i>	

IV. FAMILIA Y SUCESIONES

LOS BIENES FAMILIARES Y LA FORMA DE HACER EFECTIVO EL BENEFICIO DE EXCUSIÓN EN EL JUICIO EJECUTIVO	833
<i>Jimena Valenzuela del Valle</i>	
LA FUERZA OBLIGATORIA DEL CONVENIO REGULADOR.....	841
<i>Susan Turner Saelzer</i>	
¿CUÁNDO CESA (EFECTIVAMENTE) LA OBLIGACIÓN LEGAL DE PRESTAR ALIMENTOS CONCEDIDOS A LOS DESCENDIENTES Y A LOS HERMANOS?	853
<i>Veronika Wegner Astudillo</i>	
LA COMUNIDAD DE GANANCIAS: UN CUESTIONAMIENTO A LAS TEORÍAS SOBRE SU NATURALEZA JURÍDICA Y A LOS EFECTOS QUE SE DERIVAN DE ELLA	869
<i>Catalina Infante Correa</i>	
LA NOCIÓN DE “CONTRATOS EQUIVALENTES” EN LA LEY Nº 20.830.....	887
<i>Mario Opazo González</i>	

	Página
FALLECIMIENTO DE LOS PADRES, GUARDAS Y CUIDADO PERSONAL DE LOS HIJOS MENORES.....	913
<i>Eduardo Court Murasso</i>	
¿ES ADMISIBLE UNA CAUTELA DE OPCIÓN COMPENSATORIA DE LA LEGÍTIMA EN NUESTRO ORDENAMIENTO SUCESORIO?	929
<i>Ricardo Saavedra Alvarado</i>	
LA EXCLUSIÓN DE LA HERENCIA DE LOS HEREDEROS INTES-TADOS.....	945
<i>Susana Espada Mallorquín</i>	
 V. DERECHO DE CONSUMO 	
EL CONSENTIMIENTO EN LA CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA Y EN PARTICULAR EN LO RELATIVO A LAS CLÁUSULAS SOBRE USO Y TRATAMIENTO DE DATOS PERSONALES. CUESTIONES PRE-LIMINARES.....	961
<i>Rodrigo Momberg Uribe</i>	
LA INAPTITUD PARCIAL COMO PRESUPUESTO DE LA GARAN-TÍA LEGAL EN LA LEY N° 19.496.....	973
<i>Erika M. Isler Soto</i>	
¿GARANTÍA POR INCUMPLIMIENTO? UNA MIRADA A LA NATU-RALEZA DEL SISTEMA REMEDIAL A FAVOR DEL CONSUMIDOR EN CASO DE VENTA POR DISCONFORMIDAD MATERIAL	991
<i>Alfredo Ferrante</i>	
REPENSANDO EL CONTROL DE FORMA DE LOS CONTRATOS POR ADHESIÓN: UNA MIRADA A SU APLICACIÓN ACTUAL Y LA IN-TRODUCCIÓN DE LA TRANSPARENCIA.....	1001
<i>Francisca Barrientos Camus</i>	
LEY DE ESTACIONAMIENTOS: UN RETROCESO EN RESPONSABILIDAD CIVIL Y PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES.....	1019
<i>Mauricio Tapia Rodríguez</i>	
CÓMO ACCEDER A ESTE LIBRO DIGITAL A TRAVÉS DE THOMSON REUTERS PROVIEW.....	1029

EL DERECHO DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD INTELECTUAL
AL RECONOCIMIENTO DE SU CAPACIDAD JURÍDICA

FABIOLA LATHROP GÓMEZ*

I. INTRODUCCIÓN

La discapacidad intelectual se ha definido, a la luz del artículo 1º, inciso segundo, de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (Convención), ratificada por Chile en 2008¹, 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”².

Las personas con discapacidad, en general, son víctimas de una serie de limitaciones en el desarrollo de sus vidas. Dentro de ellas, las personas con discapacidad intelectual (PcDI) se encuentran especialmente discriminadas puesto que su discapacidad puede ser inaparente (a diferencia de alguna discapacidad física); en particular, deben luchar por derribar distintas barreras en el ejercicio de su capacidad jurídica, partiendo por el hecho de que, bajo la legislación civil, se les pueda considerar como incapaces (“dementes”), según lo dispuesto por el art. 1447 Código Civil (CC). Esta ponencia analiza estos obstáculos jurídicos, sus consecuencias y algunos posibles remedios para eliminarlos.

* Profesora Asociada del Departamento de Derecho Privado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile; Avenida Santa María 076 oficina 302, Providencia, Santiago de Chile; flathrop@derecho.uchile.cl. Este trabajo se enmarca en el Proyecto Vida Autónoma desarrollado entre el Centro de Sistemas Públicos de la Universidad de Chile y la Fundación Isabel Aninat Echazarreta durante el año 2017.

¹ Decreto N° 201, de 2008.

² Observatorio de Derechos Humanos de las Personas con Discapacidad Mental (2014), p. 14.

Si bien no existe una regulación legal específica sobre la capacidad jurídica de las PcDI, el CC –en especial sus arts. 1445, 1446, 1447 y 456– ha sido utilizado para la determinación de un modelo de atribución directa de incapacidad de las PcDI. La posibilidad de que, al considerárseles “dementes”, se interprete la ley civil con el efecto de hacerles caer en la categoría de “incapaces absolutos”, limita directamente la capacidad de las PcDI de entrar en relaciones jurídicas. Este modelo atribuye directamente la incapacidad y permite sustituir la voluntad de las PcDI, pues obliga a nombrarles representantes legales. Ello repercute en diversos aspectos patrimoniales y extrapatrimoniales de vida de las PcDI. Estas discriminaciones son contrarias a la Convención: los párrafos 1 y 2 de su art. 12 señalan que las PcDI tienen derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica, así como de su capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás personas³.

II. CAPACIDAD JURÍDICA DE LAS PcDI

En materia de capacidad, nuestro sistema es de atribución por estatus: presupone que una persona debe ser capaz de comprender la naturaleza y consecuencias de *todas* las opciones posibles en cualquiera situación o decisión, y que debe ser capaz de efectuar y comunicar voluntariamente una clara elección⁴.

La ley 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 ésta. La segunda (capacidad legal, de obrar o negocial) es, según el art. 1445 CC, la aptitud legal que tiene una persona para ejercer derechos y contraer obligaciones por sí sola sin la autorización o ministerio de otra persona.

A falta de concepto legal, podemos definir capacidad jurídica como la aptitud o cualidad que dispone a un individuo para el buen ejercicio de algo. A esta noción se suele asociar un concepto más moderno, ausente en nuestra

³ El artículo 12 de la Convención señala que: “1. Los Estados Partes reafirman que las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica.

2. Los Estados Partes reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida”.

⁴ 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. Cfr. BACH (2009), pp. 5-6.

legislación: el de “competencia”. Esta última sería la aptitud o idoneidad para actuar o intervenir en alguna situación. 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”⁵.

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; 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 ellas⁶. Nuestro ordenamiento desconoce esta diferenciación.

A nivel legal, encontramos normas especiales posteriores a las del CC que intentan recoger el modelo social que inspira a la Convención. Así, el art. 3º de la Ley N° 20.422, de 2010, sobre Igualdad de Oportunidades 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. De esta forma, ésta y otras normas especiales referidas a las PcDI conviven con otras de mayor anclaje jurídico –CC fundamentalmente– que descansan en un paradigma del siglo XIX que niega autonomía a las PcDI.

Las prácticas judiciales como forenses darían cuenta de una equiparación entre discapacidad intelectual con la “demencia”. Se consideraría a las PcDI como “dementes” o “locas” en términos jurídicos, con la consecuente calificación de “incapacidad jurídica absoluta”. De dicha calificación se seguiría su falta de responsabilidad penal y civil.

Estas normas son complementadas por un sistema de declaración de interdicción y regulación de las curadurías contenido en los Títulos XXV y XXVI del Libro I del CC (curaduría del demente y curaduría del sordo o sordomudo). La curaduría del demente permitiría la sustitución total de la voluntad de la PcDI por parte de su curador, quien lo representará en todos los actos judiciales o extrajudiciales que le conciernan y que pueda

⁵ Cfr. MUÑOZ Y LUCERO (2014), p. 63.

⁶ Cfr. MUÑOZ Y LUCERO (2014), p. 64.

menoscabar sus derechos o imponerle obligaciones (art. 390 del CC). La PcDI considerada “demente” podrá entonces ser privada de la administración de sus bienes, aunque tenga intervalos lúcidos (art. 456 CC), recayendo la administración en un curador general. Finalmente, y en términos procesales, existe un procedimiento voluntario para la designación de este curador, consagrado en el art. 4º de la Ley N° 18.600, de 1987, que Establece Normas sobre Deficientes Mentales. Este procedimiento no establece mecanismos adecuados de defensa y representación de la PcDI, por lo cual se permite la “imposición” de este representante. Por último, el art. 18 bis de esta Ley contempla un procedimiento administrativo que permite obtener de pleno derecho la curaduría provisorio de los bienes de una PcDI, sin previa declaración de interdicción, es decir, sin intervención judicial.

III. ALGUNAS CONSECUENCIAS DE LA FALTA DEL RECONOCIMIENTO A LA CAPACIDAD JURÍDICA DE LAS PcDI

Las prácticas y reglas descritas anteriormente generan una serie de consecuencias en la vida diaria de las PcDI y de sus familias, tanto en materia patrimonial como extrapatrimonial. Entre otras dimensiones, la facultad de contratar, administrar su patrimonio y formar y mantener relaciones familiares, se ven obstaculizados por tales reglas y prácticas, que acaban por invisibilizar su voluntad y sus preferencias. A continuación desarrollaré algunas de esas consecuencias, previniendo que el área educacional y la laboral no serán abordadas por razones de espacio.

Las PcDI pueden ser objeto de internación voluntaria e involuntaria en ciertos establecimientos de salud⁷. Las PcDI pueden ser internadas involuntariamente cuando se cumplan determinados requisitos establecidos por el legislador, entre los que se encuentra la posibilidad de prescindir de la opinión de la PcDI, sustituyéndola por la de su representante legal o, en su defecto, por el parecer de su apoderado a efectos del tratamiento, y en ausencia de ambos,

⁷ Atendido a lo señalado en el Artículo 11 Decreto N° 570, de 2000, que Aprueba Reglamento para la Internación de las personas con Enfermedades Mentales y sobre los Establecimientos que la Proporcionan y en el artículo 131 del Código Sanitario, las internaciones se clasifican en voluntarias e involuntarias. Son involuntarias aquellas de urgencia no voluntaria, la administrativa y la judicial.

de la persona más vinculada a él por razón familiar o de hecho⁸. Mientras dura la internación, los directores de los establecimientos son los curadores provisorios de los bienes de los enfermos hospitalizados que no tuviesen uno o no estén sometidos a patria potestad⁹.

A su vez, en materia penal existe un procedimiento para la aplicación de medidas de seguridad respecto del “enajenado mental que hubiere cometido un hecho típico y antijurídico”, que será procedente cuando exista riesgo para sí o para terceros¹⁰. Las medidas contempladas son la internación en un establecimiento psiquiátrico o su custodia y tratamiento y sólo podrá durar mientras subsistan las condiciones que la hubieren hecho necesaria¹¹⁻¹².

⁸ El artículo 25 de la Ley N° 20.584, de 2012, que Regula los Derechos y Deberes que Tienen las Personas en Relación con Acciones Vinculadas a su Atención en Salud dispone: “Una persona puede ser objeto de hospitalización involuntaria siempre que se reúnan todas las condiciones siguientes: a) Certificación de un médico cirujano que indique fundadamente la necesidad de proceder al ingreso de una persona para llevar a cabo la evaluación de su estado de salud mental; b) Que el estado de la misma comporte un riesgo real e inminente de daño a sí mismo o a terceros; c) Que la hospitalización tenga exclusivamente una finalidad terapéutica; d) Que no exista otro medio menos restrictivo de suministrar los cuidados apropiados, y e) Que el parecer de la persona atendida haya sido tenido en consideración. De no ser posible esto último, se tendrá en cuenta la opinión de su representante legal o, en su defecto, de su apoderado a efectos del tratamiento y, en ausencia de ambos, de la persona más vinculada a él por razón familiar o de hecho”.

⁹ El artículo 133 del Código Sanitario dispone reglas especiales para su constitución: “(...) Para ejercer esta curaduría los funcionarios antes indicados no necesitarán de discernimiento, ni estarán obligados a rendir fianza ni hacer inventario. En lo demás se regirán por las disposiciones del derecho común. En el ejercicio de esta curaduría el Director del establecimiento gozará del privilegio de pobreza en las actuaciones judiciales y extrajudiciales que realice y no percibirá retribución alguna, sin perjuicio de los derechos que correspondan al Servicio Nacional de Salud en conformidad al arancel que se dicte de acuerdo con el presente Código”.

¹⁰ Artículo 455, Código Procesal Penal.

¹¹ Artículo 457, Código Procesal Penal.

¹² Artículo 481 Código Procesal Penal: “Duración y control de las medidas de seguridad. Las medidas de seguridad impuestas al enajenado mental sólo podrán durar mientras subsistieren las condiciones que las hubieren hecho necesarias, y en ningún caso podrán extenderse más allá de la sanción restrictiva o privativa de libertad que hubiere podido imponérsele o del tiempo que correspondiere a la pena mínima probable, el que será señalado por el tribunal en su fallo.

Se entiende por pena mínima probable, para estos efectos, el tiempo mínimo de privación o restricción de libertad que la ley prescribiere para el delito o delitos por los cuales se hubiere dirigido el procedimiento en contra del sujeto enajenado mental, formalizado la investigación o acusado, según correspondiere.

La persona o institución que tuviere a su cargo al enajenado mental deberá informar semestralmente sobre la evolución de su condición al ministerio público y a su curador o a sus familiares, en el orden de prelación mencionado en el artículo 108.

El ministerio público, el curador o familiar respectivo podrá solicitar al juez de garantía la suspensión de la medida o la modificación de las condiciones de la misma, cuando el caso lo aconsejare.

El legislador reconoce el derecho de las PcDI a constituir y ser parte de una familia, su sexualidad y su salud reproductiva. Así, el art. 9º de la Ley N° 20.422, antes citada, dispone: “El Estado adoptará las medidas necesarias para asegurar a las mujeres con discapacidad y a las personas con discapacidad mental, sea por causa psíquica o intelectual, el pleno goce y ejercicio de sus derechos en condiciones de igualdad con las demás, en especial lo referente a su *dignidad, el derecho a constituir y ser parte de una familia, su sexualidad y salud reproductiva*”. Sin embargo, es posible encontrar una serie de reglas que limitan el ejercicio del derecho a la vida familiar de las PcDI.

En materia matrimonial, el art. 5º N° 4 de la Ley N° 19.947, de 2004, que establece Nueva Ley de Matrimonio Civil, ha sido interpretado en orden a limitar la libertad matrimonial de las PcDI. Esta norma establece que no podrán contraer matrimonio: “4º Los que se hallaren *privados del uso de razón; y los que por un trastorno o anomalía psíquica, fehacientemente diagnosticada*, sean incapaces de modo absoluto para formar la comunidad de vida que implica el matrimonio; 5º los que *carecen de suficiente juicio y discernimiento* para comprender y comprometerse con los derechos y deberes esenciales del matrimonio”. Los términos que utiliza esta norma pueden ser interpretados por el Oficial del Registro Civil de forma tal que pueda llegar a impedir la celebración de un matrimonio en donde uno o ambos contrayentes sean PcDI. Asimismo, las PcDI, en la medida que son consideradas “dementes”, no pueden otorgar el asenso matrimonial, es decir, el permiso para que un descendiente suyo contraiga tal vínculo.

En materia de adopción, los arts. 12, inciso primero, y 20, inciso primero, de la Ley N° 19.620, sobre Adopción de Menores, al referirse a las causales de susceptibilidad de adopción y a quiénes pueden adoptar, aluden a la inhabilidad física o moral de ciertas personas para ejercer el cuidado personal del menor de edad. Esto podría dar lugar a discrecionalidades judiciales al momento de

Sin perjuicio de lo anterior, el ministerio público deberá inspeccionar, cada seis meses, los establecimientos psiquiátricos o instituciones donde se encontraren internados o se hallaren cumpliendo un tratamiento enajenados mentales, en virtud de las medidas de seguridad que se les hubieren impuesto, e informará del resultado al juez de garantía, solicitando la adopción de las medidas que fueren necesarias para poner remedio a todo error, abuso o deficiencia que observare en la ejecución de la medida de seguridad.

El juez de garantía, con el solo mérito de los antecedentes que se le proporcionaren, adoptará de inmediato las providencias que fueren urgentes, y citará a una audiencia al ministerio público y al representante legal del enajenado mental, sin perjuicio de recabar cualquier informe que estimare necesario, para decidir la continuación o cesación de la medida, o la modificación de las condiciones de aquélla o del establecimiento en el cual se llevara a efecto”.

determinar tales inhabilidades (las personas a adoptar deben ser evaluados como física, mental, psicológica y moralmente idóneos).

En materias de filiación, la PcDI, en la medida que esté declarada en interdicción por demencia, no puede repudiar el reconocimiento que se haya hecho de ella como hijo o hija (art. 191 inciso segundo del CC).

Por otro lado, en conformidad a las reglas y prácticas de atribución directa de incapacidad y sustitución de la voluntad, se aplican una serie de normas que impiden un adecuado ejercicio del derecho a la capacidad jurídica de las PcDI en el ámbito sanitario o de la salud. La Ley N° 20.584, que Regula los Derechos y Deberes que Tienen las Personas en Relación con las Acciones Vinculadas a su Atención en Salud, permite que las PcDI reciban tratamientos en contra de su voluntad, previo cumplimiento de los siguientes requisitos: a) esté certificado por un médico psiquiatra que la persona padece una enfermedad o trastorno mental grave, suponiendo su estado un riesgo real e inminente de daño a sí mismo o a terceros, y que suspender o no tener tratamiento significa un empeoramiento de su condición de salud; b) el tratamiento responda a un plan prescrito individualmente, que atienda las necesidades de salud de la persona, esté indicado por un médico psiquiatra y sea la alternativa terapéutica menos restrictiva de entre las disponibles; c) se tenga en cuenta, la opinión de la misma persona, cuando sea posible; y d) se registre en la ficha clínica de la persona¹³. Asimismo, y sin perjuicio de algunas prohibiciones, esta ley resulta bastante permisiva en lo que respecta a la participación de las PcDI en investigaciones científicas¹⁴.

¹³ Artículo 27, Ley N° 20.584, de 2012, que Regula los Derechos y Deberes que Tienen las Personas en Relación con las Acciones Vinculadas a su Atención en Salud: “Sin perjuicio del derecho de la persona con discapacidad psíquica o intelectual a otorgar su autorización o denegarla para ser sometida a tratamientos, excepcionalmente y sólo cuando su estado lo impida, podrá ser tratada involuntariamente siempre que: a) Esté certificado por un médico psiquiatra que la persona padece una enfermedad o trastorno mental grave, suponiendo su estado un riesgo real e inminente de daño a sí mismo o a terceros, y que suspender o no tener tratamiento significa un empeoramiento de su condición de salud. En todo caso, este tratamiento no se deberá aplicar más allá del período estrictamente necesario a tal propósito; b) El tratamiento responda a un plan prescrito individualmente, que atienda las necesidades de salud de la persona, esté indicado por un médico psiquiatra y sea la alternativa terapéutica menos restrictiva de entre las disponibles; c) Se tenga en cuenta, siempre que ello sea posible, la opinión de la misma persona; se revise el plan periódicamente y se modifique en caso de ser necesario, y d) Se registre en la ficha clínica de la persona”.

¹⁴ Artículo 28, Ley N° 20.584, de 2012, que Regula los Derechos y Deberes que Tienen las Personas en Relación con las Acciones Vinculadas a su Atención en Salud: “Ninguna persona con discapacidad psíquica o intelectual que no pueda expresar su voluntad podrá participar en una investigación científica.

En caso de tratamientos invasivos e irreversibles, tales como esterilización, psicocirugía u otro de carácter irreversible, la citada Ley N° 20.584 contempla que “si la persona no se encuentra en *condiciones de manifestar su voluntad*”, el profesional tratante sólo debe contar con el informe favorable del Comité de Ética del establecimiento¹⁵, pudiendo prescindir del consentimiento de la persona con discapacidad intelectual, cognitiva o psicosocial o de su representante. Se trata de un caso particularmente grave de afectación al ámbito de la autonomía personal de la PcDICPS.

Para la aplicación de la terapia electroconvulsionante, tratamientos aversivos destinados a la modificación de conductas y la administración de medicamentos que produzcan efectos colaterales, podría prescindirse del consentimiento de la PcDICPS, reemplazándolo por el parecer del apoderado o por una segunda opinión psiquiátrica que ratifique la indicación clínica¹⁶. Asimismo, el derecho de las PcDICPS a leer la información de su ficha clínica, puede ser negado a criterio del médico tratante¹⁷.

En los casos en que se realice investigación científica con participación de personas con discapacidad psíquica o intelectual que tengan la capacidad de manifestar su voluntad y que hayan dado consentimiento informado, además de la evaluación ético científica que corresponda, será necesaria la autorización de la Autoridad Sanitaria competente, además de la manifestación de voluntad expresa de participar tanto de parte del paciente como de su representante legal.

En contra de las actuaciones de los prestadores y la Autoridad Sanitaria en relación a investigación científica, podrá presentarse un reclamo a la Comisión Regional indicada en el artículo siguiente que corresponda, a fin de que ésta revise los procedimientos en cuestión”.

¹⁵ Artículo 24, Ley N° 20.584, de 2012, que Regula los Derechos y Deberes que Tienen las Personas en Relación con las Acciones Vinculadas a su Atención en Salud: “Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 15 de esta ley, si la persona no se encuentra en condiciones de manifestar su voluntad, las indicaciones y aplicación de tratamientos invasivos e irreversibles, tales como esterilización con fines contraceptivos, psicocirugía u otro de carácter irreversible, deberán contar siempre con el informe favorable del comité de ética del establecimiento”..

¹⁶ Artículo 24 del Decreto N° 570, de 2000, que Aprueba Reglamento para la Internación de las personas con Enfermedades Mentales y Sobre los Establecimientos que la Proporcionan: “Los siguientes tratamientos requerirán siempre de un consentimiento específicamente referido a ellos, otorgado por el paciente o, cuando corresponda, por la persona con el carácter de apoderado a que se refiere el artículo 16 o, en su defecto, de una segunda opinión psiquiátrica que ratifique la indicación clínica, la que deberá estamparse en la ficha correspondiente: a) Terapia electroconvulsivante, cada serie de una o más aplicaciones. b) Administración de medicamentos que siendo necesarios, produzcan efectos colaterales previamente experimentados como difícilmente tolerables por el paciente y/o modificaciones de su comportamiento o rendimiento que le signifiquen desventajas. c) Tratamientos aversivos destinados a la modificación de conductas”..

¹⁷ Artículo 23, Ley N° 20.584, de 2012, que Regula los Derechos y Deberes que Tienen las Personas en Relación con Acciones Vinculadas a su Atención en Salud: “La reserva de la información que el profesional tratante debe mantener frente al paciente o la restricción al acceso por parte del titular a los

En los casos de personas con “dificultad de entendimiento”, el profesional tratante deberá informar a su representante legal o a la persona bajo cuyo cuidado se encuentre acerca de su estado de salud, del posible diagnóstico de su enfermedad, de las alternativas de tratamiento y de los riesgos, así como del pronóstico esperado, advirtiéndole que, una vez que el paciente haya recuperado la conciencia y la capacidad de comprender, deberá ser informado en los términos indicados. Un mecanismo similar se prevé para las atenciones de emergencia o urgencia¹⁸.

Por último, la citada Ley N° 20.584 no considera el consentimiento de la PcDICPS en el ejercicio de derechos personalísimos, como el derecho de reproducción y la libertad sexual. Las normas vigentes pueden dejar sin sanción penal a los profesionales del ámbito de la salud que realizan estos tratamientos irreversibles, sin consentimiento de la persona afectada¹⁹.

En cuanto a sus relaciones contractuales, la sustitución de la voluntad de las PcDI conlleva el que deban actuar en su vida jurídica a través de un representante, es decir, de un curador. En especial, en aspectos patrimoniales, el hecho de que la PcDI –cuando es considerada “demente”– no pueda obligarse libremente por sí misma, implica prácticamente su “muerte” civil. Los actos jurídicos celebrados por un “demente” son susceptibles de ser anulados absolutamente, de manera que existe un desincentivo normativo a la contratación con PcDI, en la medida en que sean calificados legalmente de esa forma. Si bien desde la perspectiva civil este tipo de sanción es concebida tradicionalmente como un mecanismo de protección a la persona “demente” y de garantías de seguridad jurídica, lo cierto es que, en la práctica, afecta gravemente la posibilidad de gestionar su propio patrimonio, adquiriendo, administrando o transfiriendo ciertos bienes, así como la posibilidad de defenderse por sí misma. Lo anterior margina a las PcDI de la vida jurídica en general y del tráfico de los negocios

contenidos de su ficha clínica, en razón de los efectos negativos que esa información pudiera tener en su estado mental, obliga al profesional a informar al representante legal del paciente o a la persona bajo cuyo cuidado se encuentre, las razones médicas que justifican tal reserva o restricción”.

¹⁸ El artículo 10, inciso 3° dispone que: “Tratándose de atenciones médicas de emergencia o urgencia donde la persona no esté en condiciones de recibir y comprender la información, ésta será dada a su representante o a la persona a cuyo cuidado se encuentre. El paciente será informado, cuando a juicio del médico tratante las condiciones en que se encuentre lo permitan (...)”.

¹⁹ Artículo 24: “Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 15 de esta ley, si la persona no se encuentra en condiciones de manifestar su voluntad, las indicaciones y aplicación de tratamientos invasivos e irreversibles, tales como esterilización con fines contraceptivos, psicocirugía u otro de carácter irreversible, deberán contar siempre con el informe favorable del comité de ética del establecimiento”.

en especial, contribuyendo a su empobrecimiento económico; su patrimonio y vida personal quedan entregados a la buena o mala gestión que lleve a cabo el curador o del apoyo derivado de la protección social que exista en su caso.

IV. DESAFÍOS: HACIA UN SISTEMA DE APOYOS Y SALVAGUARDAS PARA LAS PcDI.

La Convención llama a reconocer que las PcDI conservan su capacidad legal y pueden ejercer sus derechos por sí mismas, sin perjuicio de la existencia de un sistema de apoyo gradual conforme a la intensidad de la dependencia que presente la PcDI y el tipo de decisión a adoptar. El modelo de sustitución de voluntad de las PcDI del CC debe ser reemplazado por otro basado en la adopción de apoyos y salvaguardas. Este sistema debería consagrar la posibilidad de nombrar un representante especial y de expresar voluntades anticipadas. La capacidad de ejercicio de las PcDI debe presumirse, ser gradual y progresiva. La gradualidad depende de la necesidad de apoyos de la persona. La progresividad indica que la necesidad de apoyos puede disminuir o aumentar y, por lo tanto, debe ser evaluada periódicamente. El grado del apoyo ha sido ilustrado de la siguiente forma²⁰:

Decisiones autónomas	Autonomía
Decisiones asistidas	Mediación/asistente personal
Codecisiones	Apoyos obligatorios/asistente personal
Decisiones facilitadas	Apoyos obligatorios/facilitador

Un adecuado sistema de apoyo y salvaguardas para las PcDI debe contemplar una evaluación judicial inicial basada en evidencia interdisciplinaria y no solamente médica. El juez debe *declarar* que la PcDI requiere de apoyos, pronunciándose especialmente sobre los actos que puede celebrar por sí misma (enumerando cuáles son), respecto de cuáles requiere de mediador para que pueda seguir celebrándolos libremente; y, finalmente, en qué circunstancias excepcionales y justificadas el apoyo justificaría el

²⁰ Intervención de la abogada Paula Silva. Cfr. Subsecretaría de Justicia del Ministerio de Justicia y DD.HH. (2016), p. 38.

nombramiento de un representante de la PcDI. Deben señalarse, además, los lapsos determinados durante los cuales estos apoyos tendrán lugar. Al designar los apoyos debe considerarse la opinión de la PcDI, recurriendo primeramente a su familia u otras personas de su confianza; señalándoles a éstas la forma y plazo en que deben rendir cuenta de su actividad. La posibilidad de revisión periódica del apoyo establecido debiera gatillarse sea de oficio, o bien, a petición de la PcDI, de las personas que brindan los apoyos o de un tercero que demuestre algún interés en el asunto²¹.

Este sistema debe ser de carácter nacional y transversal; debe prever una revisión periódica de las necesidades que está llamado a satisfacer; debe contar con un organismo administrador dotado de facultades fiscalizadoras, en especial, destinadas a evitar una “influencia indebida” en la vida de las PcDI²² o conflictos de intereses²³; y debe radicar la designación de las personas de apoyo en los Tribunales de Familia²⁴.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

BACH, Michael, *The right to legal capacity under the UN Convention on the rights of persons with disabilities: Key concepts and directions from law reform*, [en línea]. Institute for Research and Development on Inclusion and Society (IRIS), [Toronto]. 2009 [consultado el 21 de enero de 2018]. Disponible en: https://irisinstitute.files.wordpress.com/2012/01/the-right-to-legal-capacity-under-the-un-convention_cr.pdf.

BACH, Michael and KERZNER, Lana, *A new paradigm for protecting autonomy and the right to legal capacity*, [en línea]. Octubre 2010 [consultado el 21 de enero de 2018]. Disponible en: <https://www.lco-cdo.org/wp-content/uploads/2010/11/disabilities-commissioned-paper-bach-kerzner.pdf>.

MUÑOZ QUEZADA, María Teresa y LUCERO MONDACA, Boris, *Aspectos legales y bioéticos de intervenciones e investigaciones en personas con discapacidad intelectual en Chile*, [en línea]. Acta Bioethica, 20 (1). Junio 2014, [consultado el 21 de enero de 2018]. Disponible en: <https://www.actabiologica.com.br/doi/10.1016/j.actbio.2014.06.001>.

²¹ Cfr. Subsecretaría de Justicia del Ministerio de Justicia y DD.HH. (2016), p. 56.

²² Cfr. Subsecretaría de Justicia del Ministerio de Justicia y DD.HH. (2016), p. 43.

²³ Cfr. Servicio Nacional de la Discapacidad del Ministerio de Desarrollo Social (2016), p. 5.

²⁴ Cfr. Servicio Nacional de la Discapacidad del Ministerio de Desarrollo Social (2016), p. 6.

tado el 21 de enero de 2018]. Disponible en: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1726-569X2014000100007.

Observatorio de Derechos Humanos de las Personas con Discapacidad Mental, *Derechos Humanos de las Personas con Discapacidad Mental: Diagnóstico de la Situación en Chile*, [en línea]. 2014, [consultado el 21 de enero de 2018]. Disponible en: <http://www.integradoschile.cl/wp-content/uploads/2014/06/informe-derechos-humanos-de-las-personas-con-discapacidad-mental.pdf>.

Plan Nacional sobre Inclusión Social de las Personas en Situación de Discapacidad, [en línea]. 2016, [consultado el 21 de enero de 2018]. Disponible en: <http://www.senadis.cl/descarga/i/3372>.

Servicio Nacional de la Discapacidad del Ministerio de Desarrollo Social, *Informe Igual reconocimiento de persona ante la ley. La capacidad jurídica de las personas en situación de discapacidad mental, tránsito hacia un sistema de apoyo en la realización de actos jurídicos*, 2016.

Subsecretaría de Justicia del Ministerio de Justicia y DD.HH. *Informe Final del Grupo de Estudios sobre Capacidad Jurídica de las Personas con Discapacidad*, agosto de 2016.

NORMAS CITADAS

Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

Código Civil.

Código Sanitario.

Código Procesal Penal.

Ley N° 18.600, Establece Normas sobre Deficientes Mentales, *Diario Oficial*, 19 de febrero de 1987.

Ley N° 19.620, Dicta Normas sobre Adopción de Menores, *Diario Oficial*, 5 de agosto de 1999.

Ley N° 19.947, Establece Nueva Ley de Matrimonio Civil, *Diario Oficial*, 17 de mayo de 2004.

Ley N° 20.422, Establece Normas sobre Igualdad de Oportunidades e Inclusión Social de Personas con Discapacidad, *Diario Oficial*, 10 de febrero de 2010.

Ley N° 20.584, Regula los Derechos y Deberes que Tienen las Personas en Relación con Acciones Vinculadas a su Atención en Salud, *Diario Oficial*, 24 de abril de 2012.

Decreto 201, Promulga la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo, *Diario Oficial*, 17 de septiembre de 2008.

Decreto 570, Aprueba Reglamento para la Internación de las personas con Enfermedades Mentales y sobre los Establecimientos que la Proporcionan, *Diario Oficial*, 14 de julio de 2000.

ABREVIATURAS

PcDI: Personas con Discapacidad Intelectual.

PcDICPS: Personas con Discapacidad Intelectual, Cognitiva y/o Psicosocial.

Convención: Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

CC: Código Civil.