



UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE DERECHO PRIVADO.

**LA INTERDICCIÓN POR DEMENCIA A LA LUZ DE LA CONVENCION SOBRE
LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD.**

**Memoria para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales
de la Universidad de Chile**

Autor: **RUBEN ALFONSO MEDINA TORRES.**

Profesor Guía: **GABRIEL HERNANDEZ PAULSEN.**

Santiago de Chile.

2017

TABLA DE CONTENIDO

DEDICATORIA	v
RESUMEN	vi
INTRODUCCION	vii

CAPITULO PRIMERO

CAPACIDAD JURÍDICA DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO CHILENO.	1
1.1.- Aproximación general.	1
1.2.- Regulación de la capacidad jurídica en el ordenamiento jurídico civil chileno.	9
1.3.- Marco normativo de la discapacidad.....	15
1.3.1.- Constitución Política de la República de Chile.	15
1.3.2.- Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad.....	16
1.3.3.- Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo.....	16
1.3.4.- Ley N°18.600, sobre Deficientes Mentales.	17
1.3.5.- Ley N°19.284, que establece normas para la plena integración social de las personas con discapacidad.	18
1.3.6.- Ley N°20.183, que modifica la Ley N° 18.700, orgánica constitucional sobre votaciones populares y escrutinios, con el objeto de reconocer el derecho a la asistencia en el acto de votar para las personas con discapacidad	19
1.3.7.- Ley N°20.422, que establece normas sobre Igualdad de Oportunidades e Inclusión Social de las Personas con Discapacidad.	19

1.3.8.- Ley N°20.609, que establece medidas contra la Discriminación.	21
1.4.- La declaración de Interdicción por Demencia.	21

CAPITULO SEGUNDO

LA CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD Y EL TRATAMIENTO DE LA CAPACIDAD JURIDICA DE ESTAS PERSONAS EN ALGUNOS ORDENAMIENTOS COMPARADOS..... 29

2.1.- Génesis, antecedentes y principios que la informan.....	30
2.2.- Reconocimiento pleno de la personalidad jurídica de las personas con discapacidad; especialmente, de las personas con discapacidad mental.....	35
2.2.1.- Nuevo paradigma. Consideración de la capacidad jurídica como una cuestión de derechos humanos.	38
2.2.2.- Capacidad de las personas con discapacidad mental en igualdad de condiciones en todos los aspectos de la vida.	39
2.3.- Ajustes razonables, medidas de apoyo, y salvaguardias adecuadas y efectivas para el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad mental.	41
2.3.1.- Ajustes razonables	41
2.3.2.- Medidas de apoyo.	43
2.3.3.- Salvaguardias.....	46
2.4.- Mecanismos de aplicación, vigilancia y seguimiento de la Convención.....	49
2.4.1.- Seguimiento nacional.	50
2.4.2.- Seguimiento internacional: El Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.	52
2.5.- Hacia el cambio de paradigma en el concierto internacional.	54
2.5.1.- España.	55
2.5.2.- Italia.....	59
2.5.3.- Argentina.	62

2.5.4.- Perú.....	69
-------------------	----

CAPITULO TERCERO

DESDE EL MODELO DE “SUSTITUCIÓN DE VOLUNTAD” HACIA EL DE “APOYO EN LA TOMA DE DECISIONES”	73
---	-----------

3.1.- El impacto de la Convención en el ordenamiento jurídico nacional.	74
--	----

3.1.1.- El procedimiento de declaración de interdicción por demencia de la Ley N°18.600, en el marco del sistema de Derechos Humanos.....	77
---	----

3.1.2.- Un intento de recepción de los principios de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad al derecho nacional vigente: La Ley N°20.422, sobre igualdad de oportunidades e inclusión social de las personas con discapacidad.	82
--	----

3.1.3.- Informe de situación de Chile: Las observaciones y recomendaciones del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.....	83
--	----

3.2.- Propuestas de adecuación del sistema normativo.....	88
---	----

3.2.1.- En relación con la dignidad inherente de las personas con discapacidad mental: Readecuación del lenguaje normativo.	88
--	----

3.2.2.- En relación con la capacidad jurídica de las personas con discapacidad.	90
---	----

CONCLUSIONES	98
---------------------------	-----------

BIBLIOGRAFIA	101
---------------------------	------------

DEDICATORIA

A Fabiola, mi mujer, en agradecimiento eterno...

A mis hijos, Felipe, Constanza y Fernanda.

A mis padres, gracias por tanto.

A Marcelo Pino, amigo, guía y mentor.

RESUMEN

La incapacitación absoluta es la respuesta que nuestro sistema jurídico ha ofrecido a las personas con discapacidad mental. Mediante esta institución, la persona ve anulada su capacidad de ejercicio, es declarada en interdicción y –por estimarse beneficioso proteger su intervención en el tráfico jurídico-, se le nombra un curador que vele por su persona y bienes. Este sistema de sustitución de voluntad encuentra sus bases en los artículos 1.446 y 1.447 del Código Civil, y se materializa a través de la Ley N°18.600, que establece Normas sobre Deficientes Mentales.

Este afán proteccionista, en los hechos, se erige como una barrera impenetrable, que aleja a las personas con discapacidad mental de la facultad de decidir sobre sus propios asuntos, y posibilita la vulneración de sus derechos fundamentales y al respeto a su dignidad inherente.

No obstante, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD), vigente en Chile desde el 29 de julio de 2008, propone un auténtico cambio de paradigma en la consideración de las personas con discapacidad, por cuanto reconoce que tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida. Establece además (pasando de un sistema de sustitución a uno de apoyo en la toma de decisiones), que el Estado tomará las medidas oportunas para proveer el acceso a todas las personas con discapacidad al apoyo y asistencia que requieran para el ejercicio de su capacidad jurídica, basadas en sus deseos y preferencias, y no en lo que se supone sea su interés superior objetivo, proporcionándoles salvaguardas efectivas para impedir que sean objeto de abusos.

En este trabajo se pretende dar cuenta de la regulación de la capacidad jurídica en el derecho chileno, y analizar si existe correspondencia entre la figura de la interdicción por demencia y la Convención.

INTRODUCCION

El trabajo que a continuación se presenta, aborda una de las instituciones fundamentales del derecho en los ordenamientos jurídicos de base latina, cual es la de la capacidad de las personas naturales. Desde una perspectiva iusprivatista, la capacidad es uno de los temas más relevantes del derecho privado, y se constituye como uno de los requisitos que determinan la validez de los actos y declaraciones de voluntad.

Es necesario señalar, que la doctrina clásica reconoce dos tipos de capacidad: uno, que consiste en la aptitud legal para adquirir derechos y obligaciones y constituye un atributo de la personalidad, común a todos los seres humanos, denominado usualmente Capacidad de Goce; y otro, denominado Capacidad de Ejercicio o Capacidad de Obrar, el cual dice relación con el ejercicio de tales derechos y la aptitud de las personas para poderse obligar por sí mismas, sin el ministerio o autorización de otra. Este último tipo de capacidad se restringe absolutamente –en la legislación civil nacional- respecto de los impúberes, los sordos o sordomudos que no pueden darse a entender claramente, y de los dementes.

Las personas con discapacidad mental (objeto central de esta investigación) han sido históricamente discriminadas, estigmatizadas e invisibilizadas. La discapacidad –congénita o adquirida- era considerada como un problema, atribuible fundamentalmente a la desgracia del sujeto y a sus falencias o enfermedades físicas y/o mentales, cuyo estudio y tratamiento correspondía a especialistas del área médica o psicológica. Como consecuencia de lo anterior, las voluntades y preferencias del sujeto no eran consideradas, por no estimárselas relevantes.

No obstante la situación descrita, en las últimas décadas, se observa en el concierto internacional una evolución del concepto de discapacidad, que ya no centra

su análisis en la condición de salud de la persona como único elemento constitutivo de la misma, sino que promueve un nuevo *modelo social*, y la entiende como un concepto en permanente evolución, que resulta de la interacción entre condiciones o diferencias que presentan las personas y las barreras del entorno social. Tal evolución se plasma en la Convención de Derechos de las Personas con Discapacidad, ratificada por Chile el año 2008, instrumento internacional mediante el cual los Estados Partes reafirman que las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica, y reconocen que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida.

A partir de esta obligación internacional asumida e incorporada en nuestro ordenamiento jurídico, subsisten en Chile dos instituciones incompatibles entre sí: Por un lado, la figura de interdicción y curaduría del Código Civil y la Ley N°18.600, que impide a las personas con discapacidad ejercer su capacidad jurídica. Por otro, el sistema de apoyos a la toma de decisiones y salvaguardias para evitar los abusos, que promueve la Convención.

En este contexto, se plantean los objetivos propuestos en esta memoria, que a continuación se enuncian:

- a) Observar el estatuto aplicable a las personas con discapacidad mental, contenido en el Código Civil y en la Ley N°18.600, en el contexto social y jurídico actual. Especialmente, analizar la concordancia de estos cuerpos legales en relación con la Convención sobre Derechos de las Personas con Discapacidad.
- b) Efectuar una caracterización de las personas con discapacidad mental en el contexto del modelo social de Derechos Humanos que promueve la Convención.
- c) Proponer lineamientos para la adecuación del sistema normativo que trata la discapacidad mental en Chile, en cuanto a la plena capacidad de

ejercicio, a la eliminación del régimen de curatelas y su sustitución por un sistema de apoyos necesarios y salvaguardias.

El presente trabajo ha sido estructurado en tres capítulos:

El capítulo primero ofrece una aproximación al tema de la discapacidad, en virtud de ciertos antecedentes que permiten establecer su prevalencia. También, se mencionan los modelos de tratamiento de la discapacidad que se han observado a lo largo de la historia y que se encuentran presentes en nuestra legislación. Además, se hace un estudio conciso respecto de las normas en que se sustenta la regulación de la capacidad jurídica en el ordenamiento jurídico civil chileno, con especial consideración del procedimiento de declaración de interdicción por causa de demencia que consagra la Ley N°18.600.-.

El capítulo segundo se dedica íntegramente al estudio de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad; a sus antecedentes y principios que la informan; y al contenido del mencionado instrumento internacional. Se considera fundamentalmente el estudio del artículo 12 de la Convención, que constituye el núcleo de la misma, y que se refiere a la capacidad de las personas con discapacidad mental en igualdad de condiciones en todos los aspectos de la vida; y a los ajustes razonables, medidas de apoyo, y salvaguardias adecuadas y efectivas para el ejercicio de dicha capacidad.

Se mencionarán los mecanismos de seguimiento, tanto a nivel nacional como internacional, que la Convención establece; especialmente, las funciones y atribuciones del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

Luego, se hará un breve recorrido por las experiencias de protección de las personas con discapacidad que se consagran en los ordenamientos nacionales de España, Italia, Argentina y Perú; considerando el panorama general de sus legislaciones nacionales en relación a la discapacidad.

En el capítulo tercero se perseguirá establecer el impacto que la recepción de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad ha producido en

la legislación nacional, y el nivel de coherencia que guarda la normativa nacional relativa al tratamiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad.

Finalmente, se ofrecerán propuestas simples, lineamientos para la modificación y adecuación del sistema normativo nacional en materia de capacidad jurídica, para hacerlo consistente con el artículo 12 de la Convención.

CAPITULO PRIMERO.

CAPACIDAD JURÍDICA DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO CHILENO.

1.1.- Aproximación general.

No parece difícil convenir en que ningún ser humano es superior ni inferior a otro, y que cada persona es única e irrepetible, igual a cualquier otra en dignidad y derechos.

Este principio de Igualdad, que exige tratar a las personas con la misma consideración y respeto, constituye uno de los aspectos estructurales de la organización política y jurídica de los Estados modernos, y ha sido recogido por diversos instrumentos jurídicos. Así, por ejemplo, la Asamblea General de Naciones Unidas proclama en el artículo 1° de la Declaración Universal de Derechos Humanos, que “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros”¹.

En el ordenamiento jurídico nacional, nuestra Constitución Política de la República recoge el principio de igualdad entre las personas, señalando en su artículo 1° inciso primero que: “Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos”.

¹ En el mismo sentido, el preámbulo de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre reconoce que “Todos los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están por naturaleza de razón y conciencia, deben conducirse fraternalmente los unos con los otros”; para luego, en su artículo 2°, establecer que “Todas las personas son iguales ante la Ley y tienen los derechos y deberes consagrados en esta declaración sin distinción de raza, sexo, idioma, credo ni otra alguna”.

Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/declaracion.asp>

Asimismo, en el artículo 19 N°2: “La Constitución asegura a todas las personas: N°2: La igualdad ante la ley. En Chile no hay persona ni grupo privilegiados. En Chile no hay esclavos y el que pise su territorio queda libre. Hombres y mujeres son iguales ante la ley. Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias”.

Garantía que se complementa con aquella establecida en el artículo 19 N°26: “La seguridad de que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que ésta establece o que las limiten en los casos en que ella lo autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio”.

Y sin embargo, cuando hablamos de los derechos de las personas con discapacidad –y aún más respecto de las personas con discapacidad mental- aparece que la igual protección de tales derechos es todavía un deber incumplido del Estado, y un principio que la sociedad chilena no termina de asumir a cabalidad.

Es necesario considerar que el tema de la discapacidad afecta directamente a unos 650 millones de personas, alrededor del 10% de la población mundial².

En Chile, si bien no se ha estudiado en profundidad la realidad de la discapacidad mental, se dispone de información suficiente para realizar estimaciones sobre su cuantía³. El Estudio Nacional sobre la Discapacidad realizado por el Fondo Nacional de la Discapacidad (FONADIS) en 2004, detectó que el 12,9% de la población nacional (esto es, 2.068.072 personas) presentaba algún tipo de discapacidad. Dentro de ese universo, se estimó que la prevalencia de personas con discapacidad

² Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. ¿Por qué una Convención? [En línea] <http://www.un.org/spanish/disabilities/convention/qanda.html> [Consulta: 24 de noviembre de 2016].

³ “La ausencia en nuestro país de políticas públicas integrales específicas para la discapacidad intelectual y la discapacidad psíquica (que en su conjunto constituyen la discapacidad mental) que respondan adecuadamente a las necesidades de las personas en estas situaciones y que permitan el pleno ejercicio de sus derechos en nuestra sociedad, se debe en gran parte a que se visualizan estas situaciones como excepcionales, sin dimensionar el alto número de personas y familias que se encuentran afectadas por ellas”. 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.16. [En línea] www.observatoriodiscapacidadmental.cl [Consulta: 24 de noviembre de 2016].

alcanzaba el 9,0% en razón de deficiencia intelectual, y 7,8% de deficiencia psíquica⁴ y constituían en conjunto el 2,17 % de la población chilena.

Corresponde también analizar –sólo para efectos ilustrativos, y con la cautela debida, ya que en caso alguno puede considerarse información oficial-, los resultados del Censo realizado en nuestro país en 2012⁵, los que indican que el 12,74% de la población tiene una o más discapacidades, y que el 17,65% de esa discapacidad (que representa el 2,2% de la población total) corresponde a discapacidad intelectual o mental⁶.

Consultado el Servicio de Registro Civil e Identificación⁷, se ha informado que al 31 de julio de 2016 existen 279.232 personas, vivas, inscritas en el Registro Nacional de la Discapacidad, de las cuales 101.718 (esto es el 36,43%) lo estaban por discapacidad mental psíquica o mental intelectual.

Tales números muestran que la discapacidad afecta a un sector importante de la población, y es esperable que los porcentajes obtenidos sigan una tendencia al alza, conforme aumenta la esperanza de vida y la tasa de envejecimiento poblacional.

Referido a las personas con discapacidad mental, pareciera ser que el principio de igualdad, que se consagra en las normas jurídicas antes citadas, resulta ser nada

⁴ Los resultados en concreto pueden ser revisados en: http://www.ine.cl/canales/chile_estadistico/encuestas_discapacidad/pdf/presentacionresultadosestadisticosnacionaldeladiscapacidad.pdf

⁵ Al respecto, la *Auditoría técnica a la base de datos del levantamiento censal, año 2012*, efectuada por el Instituto Nacional de Estadísticas (INE) en septiembre de 2014, concluye que “...los datos del último levantamiento comprometen de manera importante el principio de universalidad característico de los censos y, junto con ello, exhiben importantes falencias en cuanto a su aporte a los usos que son propios de un operativo censal, como la generación de una base de información para políticas públicas, la actualización de proyecciones de población, la elaboración de un marco muestral y la generación de información para áreas geográficas menores. Por ello, los datos generados para el año 2012 no cumplen con los estándares para que este operativo sea denominado como un censo”. Disponible en http://www.ine.cl/canales/chile_estadistico/censos_poblacion_vivienda/auditoria-levantamiento-censal.pdf

⁶ SILVA (2014). La capacidad Jurídica de las Personas con Discapacidad Intelectual, p.8.

⁷ Información solicitada por el investigador, de acuerdo a la Ley N°20.285, sobre acceso a la información pública. Código requerimiento AK002W0010281.

más que letra muerta o una declaración de buenas intenciones. Lo anterior, por cuanto las personas con discapacidad mental son frecuentemente estigmatizadas, discriminadas y marginadas de la sociedad, y a menudo se enfrentan a excepcionales dificultades en el goce y disfrute de sus derechos.

Como señala BOREA (2015): “Podemos afirmar que la finalidad del orden político legal es procurar al ser humano el mayor ámbito de libertad para que pueda crear su propia vida como una expresión de su voluntad. Históricamente, las personas con discapacidad han sido la excepción. Bajo el argumento de estar protegiéndolas, se les ha denegado la posibilidad de construir su propia vida. Tradicionalmente las personas con discapacidad han sido sometidas a un régimen de sustitución de la voluntad, el cual anula su capacidad y se la encarga a un tercero. Esto incluye los aspectos más básicos de la vida propia, como: (i) la posibilidad de recibir educación; (ii) cobrar una pensión; (iii) conseguir trabajo; (iv) decidir cómo gastar su dinero; (v) abrir una cuenta bancaria; (vi) alquilar un departamento; (vii) votar en las elecciones; (viii) formar una familia y, (ix) hasta acudir a un centro de salud. Es decir, las personas con discapacidad han sido anuladas como sujetos independientes, siendo consideradas como objetos a los cuales hay que proteger”⁸.

En nuestro ordenamiento jurídico, la norma que se contempla en el artículo 1447 del Código Civil, constituye la forma más arbitraria de discriminación y segregación respecto de las personas con discapacidad mental, ya que consagra la incapacitación absoluta de las mismas.

Ellas, según entiende el legislador nacional, carecen de la capacidad para tomar sus propias decisiones y no pueden dirigirse a sí mismos ni administrar competentemente sus negocios, por lo que solo pueden actuar en la vida jurídica representadas por un curador que vele por su persona y bienes. A tal punto llega la anulación de la voluntad de las personas con discapacidad mental en nuestro país, que en cuanto a los derechos y deberes que tienen las personas en relación con

⁸ BOREA, C. 2015. Discapacidad y Derechos Humanos. THEMIS-Revista de Derecho. N°67, pp.167-175. Disponible en: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/14465/15077>

acciones vinculadas a su atención en salud (Ley N°20.584), se permite en ellos la aplicación de procedimientos irreversibles (esterilización con fines contraceptivos y psicocirugía) sin consentimiento de la persona afectada⁹.

Puede suponerse que la solución de incapacitación busca el mejor resguardo de los intereses de las personas con discapacidad mental, al poner sobre ellas a otra que estaría en mejor posición para decidir qué es aquello que les conviene. Pero ello implica que éstos no sean tratados como sujetos de derecho, sino como meros objetos, a los que hay que proteger y compadecer, sin tomar en cuenta siquiera su libertad para tomar decisiones, por el temor de que éstas sean erradas¹⁰. De esta forma, el derecho privado se propone cuidar de estas personas, pero apartándolas cuidadosamente de sí: “todo por ellas pero desde luego sin ellas¹¹”.

Lo anterior, por cierto, es la fuente de uno de los grandes problemas que enfrentan las personas con discapacidad en su relación e interacción con el resto de la sociedad: la invisibilidad de que son objeto¹²; invisibilidad que ha tenido efectos dramáticos en el goce y disfrute de sus derechos civiles y políticos¹³.

⁹ Referido al derecho que en virtud del artículo 14 de la ley N°20.584 asiste a toda persona a otorgar o denegar su voluntad para someterse a un procedimiento o tratamiento vinculado a su atención de salud, el artículo 15 letra c) del mismo cuerpo legal señala en su parte pertinente que “No se requerirá la manifestación de voluntad cuando la persona se encuentra en incapacidad de manifestar su voluntad y no es posible obtenerla de su representante legal, por no existir o por no ser habido. En estos casos se adoptarán las medidas apropiadas en orden a garantizar la protección de la vida”.

Por otra parte, el artículo 24 de la mencionada ley dispone que “...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”.

¹⁰ “Uno de los argumentos más contundentes en favor del modelo de sustitución en la toma de decisiones se basa en que no todas las personas tienen la sabiduría o el conocimiento para ejercitar la capacidad jurídica. Sin embargo, la capacidad jurídica se debería relacionar con la libertad para tomar decisiones y no con la sabiduría y prudencia de dichas decisiones”. BENAVIDES (2015) p.47.

¹¹ MARIN, C. Los apoyos a la capacidad jurídica de obrar de todas las personas con discapacidad. [En línea] [http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/D5A9CCF44B32E65205257C8D00765E1E/\\$FILE/109_1_apoyos_5.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/D5A9CCF44B32E65205257C8D00765E1E/$FILE/109_1_apoyos_5.pdf) [Consulta: 24 de noviembre de 2016].

¹² QUINN (2002) sostiene que “Los valores (dignidad, autonomía, igualdad y solidaridad) y el sistema de libertades fundamentales que sustentan merecen ser aprobados a escala universal. El problema no son los valores propiamente dichos ni el sistema de libertades fundamentales que postulan, sino el hecho de que o no se aplican o se aplican de modo distinto a las personas con discapacidad. Se trata de una herencia del pasado, de la época en que las personas con discapacidad solían ser ciudadanos prácticamente invisibles en muchas sociedades. Han sido marginados en casi todas las culturas a lo largo de la historia. Una reacción común, tanto por parte del público general como de las autoridades, era la compasión o la repugnancia. Se tendía a dar por

Ahora bien, cabe señalar que en las últimas décadas, se observa en el concierto internacional una evolución del concepto de discapacidad, que ya no centra su análisis en la condición de salud de la persona como único elemento constitutivo de la misma, sino que promueve un nuevo *modelo social*, y la entiende como un concepto en permanente evolución, que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás. Tal evolución se plasma en la Convención de Derechos de las Personas con Discapacidad, ratificada por Chile en el mes de julio de 2008, junto con su Protocolo Facultativo; instrumento internacional mediante el cual los Estados Partes reafirman que las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica, y reconocen –en lo que se avizora como un auténtico cambio de paradigma- que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida.

En este orden de cosas, y a fin de comprender mejor los conceptos de “capacidad jurídica” y “discapacidad”, se hace necesario enunciar los modelos de tratamiento de la discapacidad que se han observado a lo largo de la historia, y que en algunos ámbitos coexisten en el Derecho Internacional y en el ordenamiento jurídico chileno.

sentada la relativa (o a veces absoluta) invisibilidad de las personas con discapacidades o a aceptarla como algo natural. La diferencia que representa la discapacidad se percibía como motivo de exclusión en lugar de como un motivo para celebrar la diversidad de la familia humana. Cuanto mayor era la tendencia a construir la vida cotidiana teniendo en cuenta solamente a las personas sin discapacidad y mayor era la ausencia física de los discapacitados en la corriente general, más ‘natural’ parecía ser esta suposición” (p.17).

¹³ La evaluación de la Ley N°18.600 (2013) establece: “Para la ciudadanía en general la discapacidad mental se presenta como una de las situaciones más invisibilizadas y complejas a la vez. A diferencia de otro tipo de discapacidades, la ausencia de rasgos físicos explícitos representaría para gran parte de la ciudadanía una dificultad para concebir y comprender las necesidades y obstáculos que enfrentan las personas con discapacidad... Cuando se examina la experiencia cercana, ya sea en la red familiar, a través del contacto con usuarios en el lugar de trabajo, u otros, aparece en la ciudadanía la conciencia de su invisibilización, en tanto se observan un cúmulo de situaciones de desventaja social que no tienen una respuesta adecuada (en el sector educación, trabajo, salud, justicia, etc.).

Esta invisibilización es reforzada por el hecho de que a nivel público no se cuenta con información de calidad disponible sobre discapacidad en general, lo que implica que como país carecemos de datos acerca del tipo de discapacidad intelectual o psíquica (cuántos, dónde, de qué tipo)”. [En línea] http://www.evaluaciondelaley.cl/foro_ciudadano/site/artic/20130104/asocfile/20130104101853/informe_final_ley_1_8600.pdf [Consulta: 24 de noviembre de 2016].

En el primero, que la investigadora Agustina PALACIOS (2008)¹⁴ denomina **modelo de prescindencia**, se supone que las causas que dan origen a la discapacidad son eminentemente religiosas (un castigo de los dioses por un pecado cometido por los padres del desfavorecido, o una advertencia de los dioses acerca de que la alianza con los hombres se ha roto y se aproxima una catástrofe). Aquí, se considera que la persona con discapacidad no tiene nada que aportar a la comunidad, y por ello es innecesaria: no contribuyen a las necesidades de la comunidad, son seres improductivos, albergan mensajes diabólicos, son la consecuencia del enojo de los dioses y, por lo desgraciadas, sus vidas no merecen la pena ser vividas.

Como consecuencia de estas premisas, la sociedad decide prescindir de las personas con discapacidad, a través de la aplicación de políticas eugenésicas negativas; o bien situándolas en espacios destinados para los *anormales* y las clases pobres, marcados por situaciones sociales de dependencia y sometimiento, en los que son tratadas como objeto de caridad y sujetos de asistencia.

Un segundo modelo, surgido durante la Revolución Industrial y consolidado después de la Primera Guerra Mundial, ha sido denominado como **modelo médico o rehabilitador**, y abandona la consideración religiosa de la discapacidad para fundamentarse en criterios científicos, sosteniendo que las causas de la misma son el producto exclusivo de una limitación o enfermedad física, psíquica, mental o sensorial; anomalías patológicas que impiden a la persona realizar aquellas actividades que se consideran *normales*.

En este modelo cambia la concepción respecto de la *innecesaridad* de las personas con discapacidad. Éstas dejan de ser consideradas inútiles para la sociedad, sino que ahora se asume que tienen algo que aportar, pero únicamente en

¹⁴ PALACIOS (2008). El modelo social de discapacidad: Orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. p.37.

la medida que sean sanadas y rehabilitadas. Por ello, el fin primordial que se persigue desde este paradigma es *normalizar* a estas personas, aunque ello implique ocultar la diferencia que la discapacidad representa. Aquí, la discapacidad es un problema de la persona, a quien es imprescindible rehabilitar, y el tratamiento de la discapacidad se encuentra encaminado a conseguir la cura, la mejor adaptación de la persona, o un cambio en su conducta.

No obstante el modelo médico o rehabilitador representa un avance respecto de su antecesor, es criticado en cuanto a la ideología que lo sustenta, por cuanto considera a la persona con discapacidad como un ser dependiente e inferior, que necesita ser rehabilitado para poder recuperar su dignidad¹⁵.

En Chile este modelo se consagra –fundamentalmente- en la definición que de las personas con discapacidad mental da la Ley N°18.600, sobre deficientes mentales, como veremos en su oportunidad.

Finalmente el **modelo social**, o de Derechos Humanos, considera que las causas que originan la discapacidad no son personales, sino que fundamentalmente sociales, situando el “problema” fuera de la persona. No son las limitantes individuales las raíces del problema, sino las limitaciones de la propia sociedad, para prestar servicios adecuados y asegurar que las necesidades de las personas con discapacidad sean tenidas en cuenta dentro de la organización social. Entonces, las deficiencias y la discapacidad no son más que el resultado de una deficiente construcción social, que crea un entorno incapacitante para aquellas personas que

¹⁵ El Instituto Interamericano de Derechos Humanos ha manifestado que el modelo de prescindencia y el modelo médico “han contribuido a la creación de estereotipos con fuertes mensajes negativos. En este mensaje negativo tenemos dos sujetos, el que siente lástima y el que inspira lástima. El primero asume un papel de protección, burla, descalificación, negación. Por otro lado, la persona que da lástima asume una posición de inferioridad, inseguridad, debilidad y agresividad. La lástima es una forma de agresión y discriminación, el sujeto que siente lástima se siente superior al que inspira lástima; por lo tanto, el trato a la diferencia de los seres humanos no se da bajo un respeto de igualdad como seres humanos, sino más bien fija una relación desigual y discriminante. Esta actitud se presenta en forma encubierta y camuflada, por supuestos valores histórico-culturales de nuestra sociedad”. En: INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS. 1996. Los derechos humanos de las personas con discapacidad, p.203.

por sus particulares condiciones requieren ciertos apoyos para su desenvolvimiento pleno en la sociedad.¹⁶

Este modelo se encuentra íntimamente ligado a la asunción de ciertos valores intrínsecos de la filosofía de Derechos Humanos, que deben ser respetados: la dignidad que es consustancial al ser humano, la igualdad de derechos de todas las personas, libertad personal, inclusión social, autonomía, vida independiente, no discriminación, normalización del entorno, accesibilidad universal, entre otros. Sólo en caso de ser absolutamente necesario analiza las características médicas de la persona. Reconoce que las personas con discapacidad pueden aportar a las necesidades de la sociedad de la misma forma que el resto de las personas, pero su contribución se encuentra supeditada a la inclusión y la aceptación de la diferencia. Se trata, pues, de rescatar las capacidades, y no enfatizar las discapacidades.

En pos de entender este cambio de paradigma que se propone con la asunción del modelo de Derechos Humanos, es necesario hacer un breve análisis del modelo anterior, de incapacidad absoluta y sustitución de voluntad, el que se fundamenta básicamente en el tratamiento dual que nuestro ordenamiento jurídico da a la capacidad de las personas.

1.2.- Regulación de la capacidad jurídica en el ordenamiento jurídico civil chileno.

En el derecho civil moderno se contienen las normas que regulan las instituciones fundamentales del derecho privado y que se refieren a todas las personas, sin distinción alguna: personalidad, familia y patrimonio. Para el asunto que nos interesa,

¹⁶ Al respecto, la activista Jenny Morris (citada por Agustina Palacios) sostiene que: “Una incapacidad para caminar es una deficiencia, mientras que una incapacidad para entrar a un edificio debido a que la entrada consiste en una serie de escalones es una discapacidad”. PALACIOS (2008) p.103.

aparece que las reglas sobre la personalidad disciplinan la existencia, individualización y capacidad de las personas naturales y morales¹⁷.

La doctrina jurídica clásica ha sostenido que todo derecho compete a un sujeto llamado Persona, y persona “es todo ser capaz de tener derechos y obligaciones. Sinónimo de persona es la expresión sujeto de derecho”¹⁸.

El Código Civil establece, en su artículo 55, que “Son personas todos los individuos de la especie humana, cualquiera que sea su edad, sexo, estirpe o condición. Divídense en chilenos y extranjeros”.

Cabe señalar que se ha entendido que la expresión “condición”, se refería tanto a la calidad del nacimiento, cuanto a la posición que los hombres ocupan en la sociedad por razón de abolengos, riquezas, clase o puestos públicos¹⁹; pero –por ser de una comprensión muy amplia- creemos que no existe inconveniente en entenderla en un sentido mucho más extenso, referida también a diversas condiciones del individuo, entre las que se incluye –por supuesto- la discapacidad.

Por su parte, la capacidad ha sido definida como “la aptitud legal de las personas para adquirir y ejercitar por sí mismas los derechos civiles”²⁰.

De esta definición, se concluye que existen, en nuestro ordenamiento jurídico, dos tipos de capacidad: uno, que consiste en la aptitud legal para adquirir derechos y obligaciones y constituye un atributo de la personalidad, denominado comúnmente Capacidad de Goce; y otro, denominado Capacidad de Ejercicio o Capacidad de Obrar, el cual dice relación con el ejercicio de tales derechos y la aptitud de las personas para obrar por sí mismas en la vida civil. No obstante, únicamente la capacidad de ejercicio ha sido definida legalmente en el artículo 1445 inciso segundo

¹⁷ Atendida la naturaleza del asunto que trata esta investigación, debe entenderse que toda referencia al concepto “persona” está hecha respecto de las personas naturales, salvo que expresamente se señale lo contrario.

¹⁸ ALESSANDRI (1998) Tratado de Derecho Civil. Partes preliminar y general, p.239.

¹⁹ ALESSANDRI (1998), p.241.

²⁰ LEON (1979). La Voluntad y la Capacidad en los actos jurídicos, p.231.

del Código Civil, señalándose que “La capacidad legal de una persona consiste en poderse obligar por sí misma, y sin el ministerio o la autorización de otra”.

La capacidad de goce es uno de los atributos esenciales de la personalidad²¹. En efecto, el profesor Alberto Lyon Puelma sostiene que la “La capacidad de goce es consustancial al concepto de persona, toda vez que lo que constituye en esencia la personalidad es la posibilidad jurídica de adquirir derechos y obligaciones. De modo que es inconcebible que pueda existir una persona que carezca de ésta capacidad o que, teniéndola, carezca de personalidad. En realidad uno y otro concepto se identifican. Y porque nadie puede carecer de capacidad de goce, se ha preferido definirla más que como una aptitud legal, que se puede tener o no, lo que implica negarla o concederla de manera absoluta sin matices o instancias intermedias, como un grado de aptitud legal para adquirir derechos y obligaciones, que admite la posibilidad jurídica de encontrarse una persona inhabilitada para la adquisición de un derecho determinado, sin perjuicio de conservarla para la adquisición y goce de los demás.”²².

No obstante que la capacidad de goce es común a todos los hombres por el mero hecho de su existencia, identificándose por ello con un atributo de la personalidad, es necesario tener presente que no ocurre lo mismo con la capacidad de ejercicio, la que exige como requisito que exista en la persona una voluntad concreta, capaz de discernir responsablemente cuales son los actos de relevancia jurídica que se desea realizar. De lo dicho anteriormente, se desprende que, siendo la primera un presupuesto básico de la segunda, no existen personas privadas de la capacidad de goce, pero puede haber –y de hecho las hay- personas incapaces de ejercitar por sí mismas sus derechos.

²¹ Ambos conceptos –personalidad y capacidad de goce- están íntimamente ligados, de modo que incluso se confunden. A decir del profesor Alessandri: “Persona es todo ente dotado de capacidad de goce, y ésta es atributo característico y exclusivo de las personas. Los conceptos de personalidad y capacidad de goce se implican recíprocamente: no hay persona sin capacidad de goce, y capacidad de goce sin persona”. ALESSANDRI (1998), p.275.

²² LYON (1993). Teoría de la Personalidad, p.109.

Nuestro Código Civil consagra en su artículo 1446 que “Toda persona es legalmente capaz, excepto aquellas que la ley declara incapaces”. En consecuencia, la regla general es tener capacidad de ejercicio, y la incapacidad la excepción; y se es incapaz únicamente en la medida establecida por la ley.

El artículo 1447 del mismo cuerpo legal, incisos primero y segundo, dispone que “Son absolutamente incapaces los dementes, los impúberes y los sordos o sordomudos que no pueden darse a entender claramente. Sus actos no producen ni aun obligaciones naturales, y no admiten caución”.

Respecto del grupo humano que nos ocupa en este trabajo, cabe hacer presente, que el legislador no ha definido qué es lo que debe entenderse por “demencia”, por lo que tal interpretación se ha dado en sede doctrinal y jurisprudencial. Así, se ha sostenido que tal expresión debe entenderse en su sentido amplio o lato, que alude a todo tipo de enajenación mental²³.

Ahora bien, es necesario indicar que la doctrina nacional ha entendido que la ley priva de capacidad al sujeto demente porque éste carece de voluntad, o no puede expresarla. Así, sus actos son nulos de nulidad absoluta, y aún más, inexistentes: “Quienes creemos en la inexistencia de los actos jurídicos, afirmamos que, en relación a los dementes, sus actos ni siquiera son nulos, son inexistentes, porque no

²³ CORRAL (2011) sintetiza el tratamiento doctrinal que se ha dado al concepto de demencia, en los siguientes términos: “Luis Claro Solar señala de este modo: Comprende la ley en la palabra demencia la enajenación mental bajo todas las formas en que pueda presentarse y en todos sus grados, cualquiera que sea el nombre que se le dé. Entiende por enajenación mental todo tipo de privación, debilitamiento de la capacidad de razonar o discernimiento: Hizo, pues, bien el Código en no entrar en la enumeración de las diversas formas que puede presentar la enajenación mental, incluyéndolas todas en la palabra demencia que se aplica a todo trastorno de la razón que impide a una persona tener la libre voluntad de obligarse y la responsabilidad de sus actos haciéndolo absolutamente incapaz... Somarriva señala que la expresión demente la toma nuestro Código en un sentido amplio, comprendiendo toda alteración mental que prive de razón a un individuo... Arturo Alessandri Besa, siguiendo a Claro Solar, dice que 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... Del mismo modo, enseña Ramos que la doctrina estima unánimemente que demencia implica cualquier tipo de privación de la razón, sin importar cuál sea el nombre técnico de la enfermedad que la produce... Para Lyon debe añadirse la ineptitud para administrar competentemente lo suyo: Es demente, y por consiguiente incapaz, aquella persona que, como consecuencia de una enfermedad mental, carece de la aptitud necesaria para administrar competentemente lo suyo”.

En: Interdicción de personas que sufren trastorno de dependencia a la cocaína. Revista de Derecho de Valdivia, Vol. XXIV, N°2. pp.33-36.

puede nacer a la vida del derecho un acto sin voluntad, y el demente, en la concepción que el Código le quiso dar *no es que no pueda expresar su voluntad, es que no la tiene*, porque no es libre, es enajenado”²⁴.

Esta mirada –a nuestro entender- es errada.

En primer lugar, porque el incapaz (aún el absoluto), sí tiene voluntad por el sólo hecho de ser persona, ya que la voluntad es un elemento inherente a la naturaleza humana. Lamentablemente, el derecho civil chileno consagra un modelo de atribución directa de incapacidad, donde se interviene sobre la libertad del sujeto para tomar sus propias decisiones por su sola situación de discapacidad, médicamente diagnosticada. El mirar al demente como sujeto que carece de voluntad es “consecuencia de una interpretación restringida de la autonomía. Desde los presupuestos del modelo médico se considera que las dificultades que algunas personas en situación de discapacidad pueden encontrar en la toma de sus decisiones están ocasionadas exclusivamente por sus déficits cognitivos o comunicacionales, que les impiden adoptar sus elecciones en forma normal, esto es, de manera racional, autónoma, responsable e independiente. Asumiendo esta visión, la regulación del sistema de interdicción en la legislación chilena se orienta a detectar los déficits individuales que permiten limitar la capacidad jurídica –de ejercicio, según la terminología empleada por nuestro legislador- y la consecuente sustitución de las personas con discapacidad en sus elecciones y en el ejercicio de sus derechos”²⁵.

Y en segundo lugar, porque tal enfoque y las reglas de capacidad que en razón de él se establecen, está inspirado únicamente en la concepción de la persona como sujeto de derechos patrimoniales, en un mero afán de dar protección y seguridad al tráfico jurídico. La capacidad se sustenta puramente en las obligaciones, bienes y contratos, en conformidad a la teoría clásica del Derecho. No es casualidad que esta

²⁴ FRIGERIO y LETELIER (1992) Sobre la capacidad de los dementes y sordomudos, p.286.

En el mismo sentido, LYON (1993) sostiene que “Los dementes y los impúberes son incapaces porque carecen absolutamente de voluntad” (p. 110).

²⁵ BENAVIDES (2015), p.47.

concepción patrimonialista del ser humano trate a la capacidad como un requisito del contrato²⁶.

Creemos, en sintonía con los principios que impone la Convención, que es deber del Estado abandonar esta posición discriminadora²⁷, y asumir definitivamente el modelo social de la discapacidad, y el enfoque de derechos humanos que en él subyace, reforzando las ideas de igualdad e integración social.

Ahora bien, este afán proteccionista –que hemos enunciado- se materializa en la interdicción por demencia y la curaduría del demente, que son las únicas herramientas de protección de las personas con discapacidad mental. Así, el artículo 456 del Código Civil establece que “El adulto que se halla en un estado habitual de demencia, deberá ser privado de la administración de sus bienes, aunque tenga intervalos lúcidos”; y para ello (artículo 460) “El juez se informará de la vida anterior y conducta habitual del supuesto demente, y oirá el dictamen de facultativos de su confianza sobre la existencia y naturaleza de la demencia”. Abordaremos este tema en su oportunidad.

²⁶ “A diferencia del derecho a la personalidad jurídica, el concepto de capacidad jurídica ha sido escasamente recogido en los instrumentos internacionales de derechos humanos. Ello quizás pueda explicarse dado que la institución de la capacidad jurídica ha sido tradicionalmente abordada desde la perspectiva del derecho privado sobre la base de los antecedentes históricos del derecho romano, y como consecuencia de ello, como un asunto reservado a la jurisdicción interna de los Estados”. BARRIFFI (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. p.318.

²⁷ En realidad, doblemente discriminadora: “La regla general es la ausencia de capacidad civil para las personas con discapacidad mental. En este sentido, toda la gama de discapacidad mental es considerada de la misma forma, sin que se prevea la posibilidad de autonomía o capacidad progresiva para cada caso. Esta regla hace que las personas con discapacidad mental, sean doblemente discriminadas en el ejercicio de su capacidad jurídica, primero respecto de las personas sin discapacidad y segundo, respecto de las personas con otras discapacidades”. OBSERVATORIO DE DERECHOS HUMANOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD MENTAL. 2014. p.21

1.3.- Marco normativo de la discapacidad.

Además de las reglas aplicables a las personas con discapacidad mental que dispone el Código Civil, nuestro ordenamiento jurídico provee una serie de normas, que se enunciarán a continuación²⁸. No obstante, y como se reconoce en el *Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile* del año 2005, “en lo que atañe al tratamiento legal de las personas con discapacidad mental en Chile, este es escaso y pobre. Si bien existe desde 1987 una ley que se dedica específicamente a establecer normas sobre deficientes mentales, ella está lejos de proveer un marco jurídico respetuoso de los derechos de las personas con discapacidad mental”²⁹.

1.3.1.- Constitución Política de la República de Chile.

Nuestra Carta Fundamental no contiene norma alguna que consagre algún tipo de protección particular a las personas con discapacidad³⁰, pero establece las bases de la institucionalidad chilena en su artículo primero, señalando que en Chile todas las personas nacemos libres e iguales en dignidad y derechos.

Luego, en el ámbito de las garantías constitucionales, el artículo 19, números 1, 2, 3, 9 y 18, reconoce a todas las personas el derecho a la vida e integridad física y psíquica; la igualdad ante la Ley; la igual protección de la Ley en el ejercicio de los derechos; la protección de la salud; y el derecho a la seguridad social.

²⁸ Normativa en Derecho y Discapacidad. Disponible en: http://www.senadis.cl/pag/291/1547/constitucion_politica_y_tratados_internacionales_en_materia_de_discapacidad

²⁹ CENTRO DE DERECHOS HUMANOS (2005) Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile 2005, p.334.

³⁰ Tal reconocimiento y protección no son desconocidos en los textos constitucionales latinoamericanos. Sólo como ejemplo, tenemos que el artículo 7° de la Constitución Política del Perú de 1993 señala en su parte pertinente que “La persona incapacitada para velar por sí misma a causa de una deficiencia física o mental tiene derecho al respeto de su dignidad y a un régimen legal de protección, atención, readaptación y seguridad”. Y, el artículo 13 de la Constitución Política Colombiana, de 1991, establece que “El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan”; para luego –en su artículo 68- indicar que “La erradicación del analfabetismo y la educación de personas con limitaciones físicas o mentales, o con capacidades excepcionales, son obligaciones especiales del Estado”.

Además, en su artículo 20, consagra el Recurso de Protección, mediante el cual cualquier persona podrá solicitar el restablecimiento del imperio del derecho, a fin que se asegure la debida protección de algunas de las garantías mencionadas en el artículo 19.

1.3.2.- Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad.

Adoptado en 1999 por la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos; promulgado y publicado en 2002, e incorporado a nuestro ordenamiento jurídico con jerarquía de rango constitucional³¹, este instrumento no contiene normas particulares referidas a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad³². Con él, se persigue que los Estados Partes eliminen progresivamente toda forma de discriminación que vaya contra la dignidad, trato y ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad, adoptando las medidas de carácter legislativo, social, educativo, laboral o de cualquier otra índole que fueren menester, tales como la adecuada prestación de servicios, bienes, instalaciones, eliminación de obstáculos arquitectónicos, de transporte y comunicaciones que existan.

1.3.3.- Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo.

Mediante ella se reconocen los derechos de todo individuo, y en especial de las personas con discapacidad, a fin de que éstas puedan vivir en forma independiente y participar plenamente en todos los aspectos de la vida. Los Estados Partes asumen el compromiso y obligación de adoptar las medidas necesarias para asegurar a estas personas el acceso, en igualdad de condiciones con las demás, a la información y a las comunicaciones; junto con la adopción de normas que contribuyan a eliminar la

³¹ Al respecto, véase NASH (2012), Derecho Internacional de los Derechos Humanos en Chile. Recepción y aplicación en el ámbito interno, p.19.

³² Sin perjuicio de lo anterior, y en evidente conflicto con lo dispuesto en el artículo 12 de la CDPD, su artículo 1° N°2 letra b) dispone que “En los casos en que la legislación interna prevea la figura de la declaratoria de interdicción, cuando sea necesaria y apropiada para su bienestar, ésta no constituirá discriminación”.

discriminación de las personas con discapacidad y promuevan la inclusión social, educativa, participativa, laboral y de accesibilidad universal, propendiendo a instaurar normas uniformes sobre la Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad.

La conceptualización de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad mental, desde el Derecho Internacional de los Derechos Humanos –por la importancia que reviste para esta memoria- será abordada íntegramente en el capítulo segundo del mismo.

1.3.4.- Ley N°18.600, sobre Deficientes Mentales³³.

Esta ley, promulgada en el año 1987, ha sido objeto de sucesivas modificaciones introducidas por la Ley N°19.735 de 2001, Ley N°19.954 del año 2004, y Ley N°20.255 del año 2008; modificaciones que prácticamente han reemplazado el texto original.

En su artículo primero, dispone que “La prevención, rehabilitación y equiparación de oportunidades constituyen derechos para la persona con discapacidad mental y deberes para su familia y la sociedad en su conjunto”.

Inspirada claramente en el modelo asistencialista, esta ley –en su versión original³⁴- definía a las personas con discapacidad mental en los siguientes términos: “Para los efectos previstos en esta ley, son deficientes mentales las personas que tienen una evolución incompleta o detenida de la mente, iniciada durante el período de desarrollo psicomotor, caracterizada por una subnormalidad de la inteligencia y un déficit concurrente en sus conductas adaptativas”. Actualmente, y luego de la modificación establecida por la ley N°19.735, “...se considera persona con discapacidad mental a toda aquella que, como consecuencia de una o más limitaciones síquicas, congénitas o adquiridas, previsiblemente de carácter

³³ Esta ley utiliza conceptos y definiciones en desuso para referirse a las personas con discapacidad mental, como el término “deficientes mentales”, con que se le nombra.

³⁴ Texto original, Ley N°18.600. Disponible en: <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=29991&tipoVersion=0>

permanente y con independencia de la causa que las hubiera originado, vea obstaculizada, en a lo menos un tercio, su capacidad educativa, laboral o de integración social”.

La ley N°18.600 es la que establece el procedimiento judicial para la declaración de interdicción de una persona en situación de discapacidad mental que ha sido inscrita en el Registro Nacional de la Discapacidad, y la correspondiente designación de curador. A estos efectos, el artículo 4° establece que “Cuando la discapacidad mental de una persona se haya inscrito en el Registro Nacional de la Discapacidad, su padre o madre podrá solicitar al juez que, con el mérito de la certificación vigente de la discapacidad, otorgada de conformidad al Título II de la ley N°19.284, y previa audiencia de la persona con discapacidad, decrete la interdicción definitiva por demencia y nombre curador definitivo al padre o madre que la tuviera bajo su cuidado permanente. Si el cuidado permanente lo ejercen los padres de consuno, podrá deferir la curaduría a ambos. El juez procederá con conocimiento y previa citación personal y audiencia del discapacitado. En caso de ausencia o impedimento de los padres, los parientes más cercanos podrán proceder de igual forma...”

Volveremos sobre este punto más adelante.

1.3.5.- Ley N°19.284, que establece normas para la plena integración social de las personas con discapacidad.

Esta ley fue derogada casi íntegramente por la Ley N°20.422, sobre igualdad de oportunidades e inclusión social. Como indica su nombre, tenía por objeto establecer la forma y condiciones que permitieran obtener la plena integración de las personas con discapacidad en la sociedad, y velar por el pleno ejercicio de los derechos que la Constitución y las leyes reconocen a todas las personas.

Definía a la persona con discapacidad como “toda aquella que, como consecuencia de una o más deficiencias físicas, síquicas o sensoriales, congénitas o adquiridas, previsiblemente de carácter permanente y con independencia de la causa

que las hubiera originado, vea obstaculizada, en a lo menos un tercio, su capacidad educativa, laboral o de integración social”³⁵.

1.3.6.- Ley N°20.183, que modifica la Ley N° 18.700, orgánica constitucional sobre votaciones populares y escrutinios, con el objeto de reconocer el derecho a la asistencia en el acto de votar para las personas con discapacidad.

Esta ley se funda en el derecho a la igualdad de oportunidades y la participación ciudadana en materia de derecho a sufragio, y establece mecanismos de accesibilidad y ajustes razonables, sin distinguir el tipo de discapacidad que afecte a la persona³⁶. Garantiza el ejercicio del derecho a sufragio³⁷ y otorga facilidades para que las personas con discapacidad ejerzan su voto en forma autónoma, además de velar por su derecho a la participación política. Al momento de votar, ellas pueden decidir si necesitan (o no) ser asistidas por alguien mayor de edad, que sea de su confianza, y comunicar esta decisión al presidente de la mesa en que le corresponde sufragar.

1.3.7.- Ley N°20.422, que establece normas sobre Igualdad de Oportunidades e Inclusión Social de las Personas con Discapacidad.

Publicada el 10 de febrero de 2010, pareciera ser que se dictó en atención a la ratificación que en el año 2008 Chile hizo de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, pero la verdad es que el inicio de su tramitación es anterior a la génesis del señalado instrumento internacional³⁸.

³⁵ Texto original, artículo 3° de la Ley N°19.284. Disponible en: <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=30651&tipoVersion=0>

³⁶ Historia de la Ley N°20.183. Disponible en: <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=261508>

³⁷ Sin perjuicio de esta ley, en Chile todavía se encuentra vigente la norma que se contempla en el artículo 16 N°1 de la Constitución, por el cual se suspende el derecho a sufragio por interdicción en caso de demencia.

³⁸ Como explica SILVA (2014): “El Mensaje Presidencial con que se presentó el proyecto de ley modificatorio de la Ley N°19.284 señalaba la necesidad de revisarla en vista de los 10 años transcurridos desde su dictación y los resultados de la primera encuesta nacional sobre discapacidad realizada en 2004. Un primer proyecto de ley sólo la perfeccionaba. Sin embargo, durante su tramitación, dados los aportes hechos por la Cámara de Diputados y el Senado y la suscripción de la Convención que se venía negociando en Naciones Unidas en forma más o menos paralela en el tiempo, el Ejecutivo sustituyó el proyecto original. Así, el denominado ‘Proyecto de ley que modifica la ley N°19.284, que establece Normas para la Plena Integración Social de las Personas con Discapacidad’ se reemplazó por el ‘Proyecto de ley que establece Normas sobre Igualdad de Oportunidades e Inclusión Social de

Esta ley viene a materializar la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad, a objeto de que logren la plena inclusión social en diferentes ámbitos, tales como participación plena en la vida política, educacional, laboral, económica, cultural y social. Es un instrumento de reconocimiento de derechos, no discriminación, e igualdad de oportunidades, que se rige por los principios de vida independiente, accesibilidad universal, diseño universal, intersectorialidad, participación y dialogo social, siguiendo con ello la tendencia de las normas internacionales sobre la materia.

En efecto, recogiendo los objetivos generales y principios de la Convención, señala en su artículo 5° que “Persona con discapacidad es aquella que teniendo una o más deficiencias físicas, mentales, sea por causa psíquica o intelectual, o sensoriales, de carácter temporal o permanente, al interactuar con diversas barreras presentes en el entorno, ve impedida o restringida su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”.

Exige como requisito, para acceder a los beneficios y prestaciones sociales que la misma consagra, que las personas con discapacidad cuenten con la certificación –a petición del interesado, de las personas que lo representen, o de las personas o entidades que lo tengan a su cargo- de las Comisiones de Medicina Preventiva e Invalidez (COMPIN) a que se refiere el artículo 13; además de estar inscritas en el Registro Nacional de la Discapacidad³⁹.

Personas con Discapacidad`, ello porque la iniciativa modificó el foco y objetivo de la proyectada nueva ley desde una perspectiva de integración y asistencia hacia una mirada desde el derecho a la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad, con el fin de obtener su plena inclusión social, asegurando el disfrute de sus derechos y eliminando cualquier forma de discriminación fundada en la discapacidad. En consecuencia, el nuevo proyecto tenía por propósito modificar la estructura y objetivos de la ley antigua y reemplazarla por una nueva que recogiera los nuevos conceptos vigentes en materia de discapacidad conforme el modelo social y de derechos, desde la perspectiva de la igualdad de oportunidades y no discriminación, en línea con la Convención” (p.88).

³⁹ El objetivo del Registro Nacional de la Discapacidad, dependiente del Servicio de registro Civil e Identificación, es reunir y mantener los antecedentes de las personas con discapacidad. En este registro se inscribe a las personas cuya discapacidad sea certificada por la respectiva COMPIN; a las personas naturales que presten servicios de apoyo o asistencia a personas con discapacidad, y personas jurídicas que, conforme sus objetivos, actúen en el ámbito de la discapacidad; otorgar credenciales de inscripción y certificados de discapacidad; y subinscribir las sentencias judiciales mediante las que se designe curador de una persona con discapacidad mental, sin perjuicio de la inscripción en el Registro de Prohibiciones e Interdicciones de Enajenar del Conservador de Bienes Raíces respectivo, que prescribe el artículo 447 del Código Civil.

Y, en un aspecto orgánico, la ley N°20.422 dispone la creación del Servicio Nacional de la Discapacidad (SENADIS), en reemplazo del anterior Fondo Nacional de la Discapacidad (FONADIS). El Senadis es un servicio público funcionalmente descentralizado y desconcentrado territorialmente, que tiene por finalidad promover el derecho a la igualdad de oportunidades de las personas en situación de discapacidad, con el fin de obtener su inclusión social, contribuyendo al pleno disfrute de sus derechos y eliminando cualquier forma de discriminación fundada en la discapacidad, a través de la coordinación del accionar del Estado, la ejecución de políticas y programas, en el marco de estrategias de desarrollo local inclusivo.

1.3.8.- Ley N°20.609, que establece medidas contra la Discriminación.

Conocida popularmente como “Ley Zamudio”, en honor al joven Daniel Zamudio, asesinado brutal y cobardemente por motivos homofóbicos, fue promulgada y publicada en el mes de julio de 2012.

Esta ley tiene por objeto instaurar un mecanismo judicial que permita restablecer eficazmente el imperio del derecho toda vez que se cometa un acto de discriminación arbitraria, entendida por ésta toda distinción, exclusión o restricción que carezca de justificación razonable, efectuada por agentes del Estado o particulares, y que cause privación, perturbación o amenaza en el ejercicio legítimo de los derechos fundamentales establecidos en la Constitución Política de la República o en los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, en particular cuando se funde (entre otras categorías que enumera el artículo 3°) en la enfermedad o la discapacidad.

1.4.- La declaración de Interdicción por Demencia.

El Código Civil, sin definir qué debe entenderse por interdicción, establece en el Título XXV de su Libro Primero, las reglas relativas a la curaduría del demente, y nos indica en el artículo 456 que “El adulto que se halla en un estado habitual de demencia, deberá ser privado de la administración de sus bienes, aunque tenga

intervalos lúcidos”; para –en el artículo siguiente- señalar que “Cuando el niño demente haya llegado a la pubertad, podrá el padre de familia seguir cuidando de su persona y bienes hasta la mayor edad; llegada la cual deberá precisamente provocar el juicio de interdicción”.

En un fallo de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Concepción, redactado por el Ministro Sr. Juan Clodomiro Villa Sanhueza, se señala que “Puede conceptuarse la interdicción como el estado de una persona que ha sido declarada por sentencia judicial, incapaz de ejercitar actos jurídicos, privándola de la administración de sus bienes, previo el juicio correspondiente. Esta institución está establecida en interés del propio interdicto, de su familia y de la sociedad, y para aquellas personas que por circunstancias diversas, no pueden actuar por sí mismas en los actos de la vida civil debido a su falta de capacidad intelectual, que los coloca en situación de inferioridad respecto de las demás personas, ya que no pueden proveer eficazmente a la administración de sus intereses⁴⁰”.

El efecto propio de la interdicción es privar a la persona interdicta –*pupilo*, en la nomenclatura del Código Civil- de la administración de sus bienes, asignando, en un curador, el cuidado de dichos bienes y de la propia persona del interdicto, confiriéndole además la representación legal del desfavorecido.

En el aspecto procesal, y atendido que la Ley N°18.600 sobre *deficientes mentales* no contenía regla alguna que regulara la materia, la interdicción por demencia era tramitada bajo el procedimiento judicial establecido para el juicio ordinario de mayor cuantía, con todos los trámites que el mismo contempla⁴¹.

Como ha sostenido el Departamento de Estudios de la Corporación de Asistencia Judicial, “para que éstas personas fueran declaradas judicialmente interdictas y correlativamente se les asignara un curador, eran sometidas a una serie de

⁴⁰ Iltma. Corte de Apelaciones de Concepción, Rol Ingreso Corte 240-2008, Familia, sobre Apelación de Incidente que decretó la interdicción provisoria. Disponible en: <http://corte.poderjudicial.cl/SITCORTEPORWEB/>

⁴¹ En los hechos, nuestros tribunales civiles siguen tramitando las declaraciones de interdicción por demencia bajo las reglas del juicio ordinario, respecto de las personas que no se encuentran inscritas en el Registro Nacional de la Discapacidad.

engorrosos y contradictorios procedimientos administrativos y ritualidades judiciales... Dicho procedimiento se concretaba a través de una ficción jurídica, en virtud de la cual el padre o madre de la persona con discapacidad mental demandaba a su hijo, debiendo notificarle la demanda, generando con ello el periodo de discusión contemplado para el juicio ordinario, forzando de esa manera a que la persona con discapacidad mental debiese enfrentar el proceso, en calidad de demandado, lo que conllevaba constituir patrocinio y poder en favor de un abogado o asignarle uno a objeto de que evacuara las etapas procesales pertinentes o, como sucedía en la mayoría de los casos, los propios padres, evacuaban en rebeldía de su hijo las actuaciones que a éste correspondían. A mayor abundamiento, no sólo se exigían las ritualidades consagradas para el periodo de discusión, sino que además el juez incluso debía informarse de la vida anterior y conducta habitual del supuesto demente, pudiendo oír dictámenes de facultativos al efecto, lo que se traducía en un largo procedimiento judicial que se extendía por a lo menos dos años, en el que, además del tiempo invertido, la familia de la persona con discapacidad mental se veía obligada a incurrir en numerosos gastos y esfuerzos con tal de regularizar la situación de su pariente afectado”⁴².

Advertido lo anterior, la Ley N°19.954, del año 2004, modificó la Ley N°18.600 en lo relativo al procedimiento de interdicción de los discapacitados mentales, agregando un nuevo inciso segundo al artículo 4° de la ley modificada, el que dispone que “Cuando la discapacidad mental de una persona se haya inscrito en el Registro Nacional de la Discapacidad, su padre o madre podrá solicitar al juez que, con el mérito de la certificación vigente de la discapacidad, otorgada de conformidad al Título II de la ley N°19.284, y previa audiencia de la persona con discapacidad, decrete la interdicción definitiva por demencia y nombre curador definitivo al padre o madre que la tuviera bajo su cuidado permanente. Si el cuidado permanente lo ejercen los padres de consuno, podrá deferir la curaduría a ambos. El juez procederá

⁴² CORPORACION DE ASISTENCIA JUDICIAL. 2012. Una mirada desde la práctica a la declaración de interdicción. Boletín N°7. [En línea] http://www.cajmetro.cl/wp-content/files_mf/boletin_n7_declaraci%C3%B3ndeinterdicci%C3%B3n.pdf [Consulta: 24 de noviembre de 2016].

con conocimiento y previa citación personal y audiencia del discapacitado. En caso de ausencia o impedimento de los padres, los parientes más cercanos podrán proceder de igual forma, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 18 bis. Se aplicará a la persona discapacitada interdicta lo que prevén los artículos 440 y 453 del Código Civil para la guarda del menor adulto y del disipador, respectivamente. La suma de dinero que se asigne al discapacitado para sus gastos personales podrá ser fijada prudencialmente por el mismo curador, de acuerdo con su grado de discapacidad. La persona interdicta podrá celebrar contratos de trabajo con la autorización del curador”.

De esta forma, la ley N°18.600 contiene dos mecanismos directos de incapacitación jurídica, que no consagran posibilidad alguna de defensa de la persona con discapacidad mental o intelectual afectada: La declaración de Interdicción mediante el procedimiento judicial no contencioso, expedito y voluntario⁴³ del artículo 4° inciso segundo, y el nombramiento de curador provisorio de bienes por el sólo ministerio de la ley, del artículo 18 bis.

⁴³ La afirmación de que el procedimiento de interdicción que consagra la Ley N°18.600 es voluntario es, a lo menos, discutible. Se ha sostenido que la reforma propugnada por la ley N°19.954 reemplazó el procedimiento contencioso por uno voluntario, evitando con ello dilaciones innecesarias, respondiendo la norma a una necesidad social, que transparenta el procedimiento judicial y además permite el ahorro de recursos estatales y particulares; pero lo cierto es que la ley no ha dispuesto expresamente tal cuestión.

Aún más, existen algunos fallos que cuestionan abiertamente la supuesta naturaleza voluntaria del procedimiento. En los autos rol 1152-2011 seguidos ante la ltma. Corte de Apelaciones de San Miguel, se resolvió: “...que la solicitud planteada a fojas 8 pretende privar a una persona de derechos, situación que no puede quedar entregada a las reglas sumarísimas establecidas en el artículo 4° de la Ley N° 18.600, más aún si la referida ley no ha dispuesto expresamente que la declaración de interdicción deba someterse a un procedimiento voluntario y no contencioso, se confirma la resolución apelada...”. En el mismo sentido, el 12° Juzgado Civil de Santiago, autos Rol V-136-2010, resolvió: “... que las gestiones voluntarias se refieren a aquellas en que no exista contradicción de parte, en que la ley requiere la intervención de parte, y, en el caso de la interdicción por demencia se solicita respecto de otra persona que sea privada del atributo que le permite por si actuar en la vida jurídica, perspectiva desde la cual se presenta un conflicto o contienda, y en parte alguna de las normas que regulan el procedimiento dice que deba tramitarse en procedimiento voluntario, motivo por el cual por remisión legal, debe hacerse por juicio ordinario. Que no obstante lo anterior, lo dispuesto en la ley N°18.600 ya que esta lo que viene a hacer es eliminar ciertos tramites del juicio ordinario, pero no excluye la aplicación de esta. Por lo que de conformidad a lo dispuesto en los artículos 19 de la Constitución Política del Estado, 1446 del Código Civil, 2°, 3°, 181, 817 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, se rechaza la petición de autos” (cabe consignar que esta resolución fue revocada por la ltma. Corte de Apelaciones de Santiago, autos rol IC 6195-2010).

En el primer caso, ante la mera declaración del estado de discapacidad mental, obtenida en sede administrativa, la exhibición del certificado que acredite que la persona con discapacidad se encuentra inscrita en el Registro Nacional de la Discapacidad, y una audiencia con la persona afectada, no cabe al juez opinar en el asunto, sino sólo constatar los hechos y decretar la interdicción definitiva. Los intentos por imponerse de las circunstancias que se aleguen, a través de audiencia de parientes, o solicitando informe al Defensor Público, en nada alteran esta situación en que la ley coloca al sentenciador.

La prevalencia del modelo médico es tanta, que al juez no es permitido cuestionar el dictamen médico que certificó la discapacidad. Una sentencia de primera instancia, pronunciada por el 17° Juzgado Civil de Santiago⁴⁴, denegó la declaración de interdicción, considerando que *“En el caso de marras, por la inspección personal, cuya acta rola a fojas 21 a 24, esta juez pudo constatar que la inspeccionada exhibe un comportamiento irregular, no constante, su relato no es del todo coherente, pero se le observa orientada temporal y espacialmente, se moviliza por la ciudad, hace gestiones y algunas compras, pese al reproche acerca de los montos de dinero que expresa el peticionario. Que, sin ánimo de cuestionar en la esencia el diagnóstico médico de la Sra. Fuenzalida Izquierdo, ni lo dictaminado por el Compín, esta sentenciadora estima que en la especie no se dan los supuestos necesarios para equiparar su calidad de discapacitada con la demencia que amerita la declaración de interdicción”*.

Tal decisión fue revocada por la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago⁴⁵, la que declaró que *“...la impresión que el juez de la causa se forme respecto del estado de salud mental de la persona con discapacidad cuya declaración de interdicción se solicita, con motivo de la realización de la audiencia que prevé la ley, no puede*

⁴⁴ 17° Juzgado Civil de Santiago, autos rol V-73-2013. Disponible en: <http://civil.poderjudicial.cl/SITCORTEPORWEB/>

⁴⁵ Ittma. Corte de Apelaciones de Santiago, Rol IC N°7238-2013. Disponible en: <http://corte.poderjudicial.cl/SITCORTEPORWEB/>

sustituir el dictamen emitido por quienes profesan la ciencia de la medicina y que se desempeñan, precisamente, en el área de la salud mental, únicas personas que se encuentran profesionalmente capacitadas para proporcionar un diagnóstico de esa especificidad técnica. Lo anterior no importa que la audiencia referida sea superflua ni que el rol del juez en procedimientos de esta naturaleza sea irrelevante, sino únicamente que, en el evento de optarse por esta vía para obtener se decrete la interdicción por demencia de una persona y no por el pleito contencioso, el tribunal deberá limitarse a constatar el cumplimiento de las exigencias legales sobre la base de los antecedentes que se le hagan valer y efectuar las declaraciones que corresponda”.

El segundo mecanismo que establece la Ley N°18.600 es uno meramente administrativo, que si bien no produce la interdicción de la persona con discapacidad, entrega la curaduría provisoria de sus bienes al curador designado, sin posibilidad alguna de reclamo o defensa del afectado, y que opera por el sólo ministerio de la ley.

En efecto, el artículo 18 bis, establece que “Las personas naturales o jurídicas que se encuentren inscritas en el Registro Nacional de la Discapacidad y que tengan a su cargo personas con discapacidad mental, cualquiera sea su edad, serán curadores provisorios de los bienes de éstos, por el solo ministerio de la ley...”, siempre que las últimas se encuentren bajo su cuidado permanente, que carezcan de curador o no se encuentren sometidos a patria potestad, y que la persona natural llamada a desempeñarse como curador provisorio o, en su caso, los representantes legales de la persona jurídica, no estén afectados por alguna de las incapacidades para ejercer tutela o curaduría que establece el párrafo 1º del Título XXX del Libro Primero del Código Civil.

Ahora bien, sin perjuicio de que con el decreto de interdicción por demencia se satisfaga el afán proteccionista perseguido por el legislador, los efectos que éste lleva aparejados son absolutamente devastadores y conducen a una verdadera *muerte civil* de la persona con discapacidad, a quien se le priva de la administración

de sus bienes, atribuyéndose a un tercero la facultad de ejercer el cuidado personal del interdicto y su representación legal. Así, a la persona en situación de discapacidad mental se le priva de ejercer derechos y contraer obligaciones por sí mismo, patrimoniales o extrapatrimoniales. Aún más, el ejercicio de su derecho a obtener acceso a la justicia se ve gravemente conculcado, en tanto no comparezca representado.

Conforme lo señalan los artículos 1682 y 465 del Código Civil, la declaración de interdicción tiene como efecto la nulidad absoluta de todos los actos y contratos celebrados por el afectado. No puede, por sí, repudiar el reconocimiento de paternidad (artículo 191); se suspende su derecho a ejercer la Patria Potestad (artículo 267); se le declara incapaz de ejercitar alguna tutela o curaduría, aun cuando no haya sido declarado en interdicción (artículo 497); no puede adquirir por su voluntad la posesión de cosas muebles (artículo 723); no puede testar ni ser testigo de un testamento (artículos 1005 y 1012), y se le exime de responsabilidad delictual o cuasidelictual (artículo 2319).

El único aspecto que –en parte- pareciera atenuar los efectos de la interdicción, es aquel contemplado en el artículo 4° inciso segundo de la Ley N°18.600, en cuanto a que se aplique al interdicto lo que disponen los artículos 440 y 453 del Código Civil para la guarda del menor adulto y del disipador (esto es, facultar al curador a confiar al interdicto la administración de alguna parte de los bienes pupilares, y disponer libremente de una suma de dinero para solventar sus gastos personales); y se le permita celebrar contratos de trabajo, siempre con autorización del curador. No obstante creemos, a la luz de los principios promovidos por la Convención, que estas facultades de administración deben corresponder a un derecho de la persona con discapacidad, y no a una mera facultad o posibilidad sometida al arbitrio de un tercero.

Adelantándonos a las conclusiones pertinentes, estimamos que las formas de incapacidad y sustitución absoluta de la voluntad, recogidas por la legislación

nacional, y fundamentalmente por el Código Civil y la Ley N°18.600, constituyen un atentado grave contra los derechos fundamentales de las personas en situación de discapacidad mental; ya que se basan en un modelo de atribución directa de incapacidad jurídica por razón de discapacidad intelectual, utilizan procedimientos abreviados, sin posibilidad de derecho a defensa y, en el caso del artículo 18 bis de la mencionada ley, sin que siquiera exista un procedimiento judicial que lo autorice.

Consideramos, que es absolutamente necesario revisar y replantear la legislación nacional, para adecuarla a los principios que impone el artículo 12 de la Convención de Derechos de las Personas con Discapacidad, y al respeto a la dignidad inherente de las personas con discapacidad que la misma promueve; toda vez que la Convención no es una mera declaración de buenas intenciones, sino un compromiso que el Estado se ha obligado a respetar.

CAPITULO SEGUNDO.

LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD Y EL TRATAMIENTO DE LA CAPACIDAD JURIDICA DE ESTAS PERSONAS EN ALGUNOS ORDENAMIENTOS COMPARADOS.

La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad⁴⁶ constituye, como se ha dicho anteriormente, un punto de inflexión histórico en lo que al tratamiento de la discapacidad se refiere, toda vez que enfrenta este fenómeno considerándolo como una cuestión de derechos humanos.

Dicho instrumento internacional –la primera Convención aprobada en el siglo XXI-, es el fruto de la lucha de organizaciones sociales relacionadas con la discapacidad⁴⁷, quienes demandaban dejar de ser objeto de políticas asistencialistas, caritativas y paternalistas, para ser tratados como lo que en definitiva son: sujetos de derecho. Así, la Convención impone un cambio de paradigma en la protección jurídica para las personas con discapacidad, sector de la población que históricamente ha sido objeto de marginación y exclusión; con ella se busca lograr el pleno reconocimiento de las mismas, por medio de un instrumento de derecho internacional, vinculante y obligatorio para los Estados partes.

⁴⁶ En adelante también, indistintamente, la “CDPD”, o “la Convención”.

⁴⁷ Como apunta BARRIFFI (2014): “Probablemente el hecho más significativo e importante de la adopción de la CDPD tiene que ver con la intervención activa de la sociedad civil en las instancias de negociación del tratado, en especial de las OPD (Organizaciones de Personas con Discapacidad). La participación de las personas con discapacidad organizadas en sólidas alianzas de instituciones representativas constituyó un hito histórico, ya que se trató de una modalidad totalmente inusual en un foro que generalmente se encuentra reservado exclusivamente a los representantes de los Estados... Si bien el proceso involucró todo tipo de organizaciones de la sociedad civil, como organizaciones de derechos humanos, de padres de personas con discapacidad, de asociaciones y fundaciones, fueron las OPD quienes claramente lideraron el proceso desde el lado de la sociedad civil” (p.150).

2.1.- Génesis, antecedentes y principios que la informan.

El día 13 de diciembre de 2006, durante el 61° período de sesiones de la Asamblea General de las Naciones Unidas, fue aprobada la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad⁴⁸. Chile suscribió la Convención el día 30 de marzo de 2007, al momento de la ceremonia de apertura para la firma. Obtenida su ratificación, se encuentra en vigor a contar del día 29 de julio de 2008⁴⁹.

Aun cuando en el concierto internacional se observaban, con anterioridad, ciertas normas y estándares en materia de discapacidad, la adopción de la Convención supone el establecimiento de normas de Derecho Internacional vinculantes, que obliga a los Estados Partes a considerar el enfoque de Derechos Humanos en la elaboración de las políticas ofrecidas y respuestas brindadas a los problemas que enfrentan las personas con discapacidad.

A este respecto, se hace necesario presentar un breve análisis histórico del tratamiento que la Organización de Naciones Unidas ha hecho de la discapacidad⁵⁰, hasta la adopción de la Convención:

En un primer periodo (1945-1955), las actividades de la Secretaría de Naciones Unidas y el Consejo Económico y Social se centran en la promoción de los derechos de las personas con discapacidades físicas, en la prevención de la discapacidad y en proyectos de rehabilitación, siempre desde una perspectiva de beneficencia y asistencia social. Las personas con discapacidad recibían beneficios de los servicios sociales porque la discapacidad se veía solamente como un problema individual y exclusivo de la persona.

⁴⁸ Resolución A/RES/61/106 de la Asamblea General de Naciones Unidas. Disponible en: <http://www.un.org/spanish/disabilities/default.asp?id=617>

⁴⁹ Decreto N° 201, de 2008, del Ministerio de Relaciones Exteriores.

⁵⁰ Para mayores antecedentes, consultar "Historia de la discapacidad y las Naciones Unidas – Cronología: 1945-1980". Disponible en: <http://www.un.org/spanish/disabilities/default.asp?id=522>

Un segundo periodo (1955-1970) se caracteriza por el manifiesto interés de la Comisión de Desarrollo Social en los programas destinados a promover los servicios de las personas con discapacidad, centrados en su independencia y en su papel productivo en la sociedad.

La década de 1970 representa un nuevo enfoque en la materia, puesto que empieza a aceptarse a nivel internacional el concepto de los “Derechos Humanos de las Personas con Discapacidad”. En este decenio, la Asamblea General proclama la “Declaración de Derechos del Retrasado Mental” (1971) y la “Declaración de los Derechos de los Impedidos” (1975).

Se proclama además, el año de 1981 como “Año Internacional de los Impedidos”, el que se dedicaría a la plena integración de las personas con discapacidad en la sociedad y a alentar los estudios y proyectos de investigación destinados a educar a la opinión pública respecto a los derechos de las personas con discapacidad.

El año 1982, la Asamblea General adopta el “Programa de Acción Mundial para las Personas con Discapacidad”⁵¹, estrategia global para estimular la prevención de la discapacidad, la readaptación y la igualdad de oportunidades, y que promueve la participación total de las personas con discapacidad en la vida social. Además, se instituye el “Decenio Mundial de las Personas con Discapacidad” (1983-1992). Tales instrumentos –si bien carecen de algún carácter normativo vinculante- constituyen una propuesta de medidas para la realización de los objetivos de igualdad y plena participación de las personas con discapacidad en la vida social.

En agosto de 1987 (y como resultado de la reunión de expertos sobre la legislación de la equiparación de oportunidades para las personas con discapacidad, llevada a cabo en Viena el año anterior), el Secretario General de Naciones Unidas convocó a una reunión mundial, para examinar la aplicación del Programa de Acción Mundial. En ella, se recomendó a la Asamblea el desarrollo de una convención

⁵¹ Resolución de la Asamblea General 37/52, de fecha 03 de diciembre de 1982.

internacional sobre la eliminación de toda forma de discriminación contra las personas con discapacidad, para que fuese ratificada por los Estados al final de esa década; lo que no se cumplió.

No obstante el avance logrado hasta esa época en la elaboración de las prioridades de acción en cuanto a la eliminación de las formas de discriminación y a la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad, no sería sino hasta el advenimiento del nuevo milenio cuando se produzcan los primeros avances concretos en la elaboración de la Convención.

En 2001, la delegación mexicana en Naciones Unidas propuso se abriera el proceso de negociación, creando un Comité Especial encargado de preparar una convención amplia e integral para proteger los derechos y la dignidad de las personas con discapacidad. Es así como se estableció el Comité Especial⁵² (Comité Ad-Hoc), el cual se reunió ocho veces entre agosto de 2002 y diciembre de 2006 para redactar la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo⁵³.

Finalmente, como ya se ha dicho, el 13 de diciembre de 2006 la Asamblea General aprobó el texto de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, la que – el día 30 de marzo de 2007, junto al Protocolo Facultativo- fue abierta a la firma en la Sede de las Naciones Unidas en Nueva York.

La CDPD es, ante todo, un tratado de Derechos Humanos, dedicado a la protección de un grupo específico, cual es el de las personas con discapacidad.

Es una Convención extensa, cuenta con un Preámbulo y consta de 50 artículos. Recoge derechos ya reconocidos en otros tratados internacionales, junto con derechos reconocidos específicamente para el colectivo mencionado.

⁵² Resolución 56/108, periodo de sesiones 56°, Asamblea General de Naciones Unidas, de fecha 19 de diciembre de 2001.

⁵³ “El proceso de negociación de éste tratado en el seno de las Naciones Unidas duró cinco años, el cual es un verdadero tiempo récord en la historia de las Naciones Unidas, para aprobar un tratado de derechos humanos, que constituye la primera Convención del siglo XXI”. PARRA-DUSSAN (2010) Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad: Antecedentes y sus nuevos enfoques. Revista Colombiana de Derecho Internacional, N°16, pp.347-380.

En su artículo primero, pone de manifiesto el propósito de la misma: “promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente”; y puntualiza qué entiende por personas con discapacidad⁵⁴.

Los ocho artículos siguientes recogen disposiciones generales relativas a la definición de una serie de términos, tales como comunicación, lenguaje, discriminación por motivos de discapacidad, ajustes razonables y diseño universal (artículo 2°); a los principios generales que orientan la Convención, entre los que destacan el respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, el principio de la no discriminación, el respeto por la diferencia, el de igualdad de oportunidades y el de accesibilidad universal (artículo 3°); a las obligaciones generales a que los Estados Partes se comprometen, entre las cuales destacan la de adoptar las medidas legislativas o administrativas que sean pertinentes para hacer efectivos los derechos reconocidos en la Convención, y para modificar o derogar leyes, reglamentos, costumbres o prácticas discriminatorias contra las personas con discapacidad (artículo 4°); a la igualdad y no discriminación, y la adopción de medidas pertinentes para asegurar la realización de ajustes razonables (artículo 5°); a las mujeres con discapacidad (artículo 6°); a los niños y niñas con discapacidad (artículo 7°); a una serie de medidas inmediatas, efectivas y pertinentes para sensibilizar a la sociedad, luchar contra los estereotipos, prejuicios y prácticas nocivas respecto de las personas con discapacidad, y promover la toma de conciencia acerca de las capacidades y aportaciones de las mismas (artículo 8°); y a la accesibilidad universal (artículo 9°).

⁵⁴ Sin definir las, precisa que “Las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”.

Los artículos 10 a 30 establecen el catálogo de derechos que recoge la Convención, siendo los principales⁵⁵:

a) *Derechos de igualdad*: Derecho a la igualdad y la no discriminación, derecho a la capacidad jurídica en igualdad de condiciones con los demás en todos los aspectos de la vida; derecho a disfrutar de un entorno accesible, y derecho al acceso a la justicia.

b) *Derechos de protección*: Protección a la vida y derecho de protección ante situaciones de riesgo; derecho de protección contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes; derecho de protección contra la explotación y el abuso; derecho a la protección de la integridad personal; derecho a la protección de la privacidad, y derecho a la protección del hogar y la familia.

c) *Derechos de libertad y autonomía personal*: Derecho a la libertad y seguridad personal; derecho al libre desplazamiento y a elegir libremente una residencia y una nacionalidad; derecho a vivir de forma independiente y a ser incluido en la comunidad, y derecho a la movilidad personal.

d) *Derechos de participación*: Derecho a la libertad de expresión y de opinión y acceso a la información; derecho a participar en la vida política, pública y cultural.

e) *Derechos sociales*: Derecho a educación inclusiva; derecho a gozar del más alto nivel posible de salud; derecho a rehabilitación para lograr la máxima independencia y capacidad física, mental y social posible; derecho a elegir libremente un trabajo en un entorno laboral inclusivo y accesible; derecho a tener un nivel de vida adecuado; y derecho a la protección social.

El artículo 31 obliga a los Estados a recopilar información adecuada, datos estadísticos y de investigación, que les permita formular y aplicar políticas para dar efecto a la Convención.

⁵⁵ INSTITUTO DE DERECHOS HUMANOS BARTOLOME DE LAS CASAS. 2009. El impacto general de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en el ordenamiento jurídico español. Informe “El Tiempo de los Derechos”, N°1, “Consolider-Ingenio 2010”. [En línea] http://www.tiempodelosderechos.es/docs/informe_huri-age1.pdf [Consulta: 24 de noviembre de 2016].

El artículo 32 reconoce la importancia de la cooperación internacional para hacer efectivos el propósito y objetivos de la Convención.

Los artículos 33 a 40 se refieren a cuestiones relativas a la aplicación y seguimiento nacionales y la posibilidad de establecer un mecanismo de coordinación (artículo 33); a la creación, constitución y funciones de un Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (artículo 34); a los informes que los Estados presentarán al Comité, y las sugerencias y recomendaciones que éste último haga (artículos 35 y 36); y a las relaciones del Comité con los Estados Partes y otros órganos internacionales.

Los artículos 41 a 50 son disposiciones finales relativas a la firma, ratificación, entrada en vigor, reservas, enmiendas y difusión de la Convención en formatos accesibles.

2.2.- Reconocimiento pleno de la personalidad jurídica de las personas con discapacidad; especialmente, de las personas con discapacidad mental.

Se ha sostenido –no sin razón- que la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad constituye una revolución en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y un auténtico cambio de paradigma en lo que al tratamiento de la capacidad jurídica se refiere. Ello, por cuanto su artículo 12 pregona abiertamente el reconocimiento de la plena capacidad jurídica de obrar. Asimismo, promueve el reemplazo del modelo de sustitución en la toma de decisiones e incorpora el sistema de asistencia en la toma de aquellas; sistema que –en concordancia con los principios consagrados en el artículo 3º del mismo cuerpo legal- plasma el modelo social de discapacidad, que considera a las personas con discapacidad desde su dimensión humana y personal, sin pretender que éstas se adapten al modelo socialmente impuesto (antes bien, es la sociedad la que debe brindarle herramientas de apoyo y, en último término, adaptarse a sus necesidades).

El artículo 12 de la Convención dispone lo siguiente:

“Igual reconocimiento como persona ante la ley

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.

3. 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.

4. Los Estados Partes asegurarán que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos. 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.

5. Sin perjuicio de lo dispuesto en el presente artículo, los Estados Partes tomarán todas las medidas que sean pertinentes y efectivas para garantizar el derecho de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, a ser propietarias y heredar bienes, controlar sus propios asuntos económicos y tener acceso en igualdad de condiciones a préstamos bancarios, hipotecas y otras modalidades de crédito financiero, y velarán por que las personas con discapacidad no sean privadas de sus bienes de manera arbitraria”.

Quando la Convención sostiene que las personas con discapacidad tienen derecho “en todas partes” al reconocimiento de su personalidad jurídica, se pretende significar –bajo estricto apego a las normas internacionales de Derechos Humanos-

que no hay ninguna circunstancia por la cual se pueda privar a una persona del derecho a ser reconocida como tal ante la ley, o por la cual se permita limitar tal derecho.

La norma transcrita integra los conceptos clásicos de personalidad jurídica y capacidad jurídica, entendida en el sentido amplio de capacidad de goce y capacidad de ejercicio; quien tiene personalidad jurídica tiene capacidad jurídica plena, sin distingo alguno⁵⁶.

La capacidad jurídica en nada se ve afectada por las condiciones personales del individuo⁵⁷, toda vez que ésta no se le ha concedido; antes bien, se reconoce que emana de la misma personalidad humana. Por ello, el apartado 1 del artículo 12 ya mencionado no innova en modo alguno a la situación anterior a su aprobación⁵⁸, y aún más, emplea el término “reafirmación”.

⁵⁶ Este punto constituyó, tal vez, el aspecto más polémico de las negociaciones, y puso en jaque hasta último momento (de hecho, hasta el último día del octavo periodo de sesiones del Comité Especial) la adopción del texto definitivo. Ello, en virtud principalmente de “un enfrentamiento entre aquellos países que abogaban por un reconocimiento pleno, tanto en la capacidad de derecho como de obrar, liderados esencialmente por la Unión Europea, y aquellos países que abogaban por no incluir una referencia relativa a la capacidad de obrar, liderados por un amplio número de países islámicos, China y Rusia. La disputa se saldó al momento de la adopción final de texto por parte del Comité Especial, con la inédita introducción de una nota a pie de página en el artículo 12 con la siguiente enunciación: «En árabe, chino y ruso, la expresión «capacidad jurídica» se refiere a la «capacidad jurídica de ostentar derechos» no a la «capacidad de obrar». Finalmente, la aprobación del texto final por parte de la Asamblea General, omitió la nota de pie de página, dando lugar a una disposición de vanguardia y de gran importancia para las personas con discapacidad, puesto que impone obligaciones a los Estados, que en su gran mayoría, significará la reforma de la legislación doméstica sobre capacidad jurídica”. PALACIOS y BARIFFI (2007). La discapacidad como una cuestión de Derechos Humanos. Una aproximación a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, pp.104-105.

⁵⁷ A propósito de la capacidad mental, el Comité sobre los Derechos de las personas con Discapacidad ha precisado que “La capacidad jurídica y la capacidad mental son conceptos distintos. La capacidad jurídica es la capacidad de ser titular de derechos y obligaciones (capacidad legal) y de ejercer esos derechos y obligaciones (legitimación para actuar). Es la clave para acceder a una participación verdadera en la sociedad. La capacidad mental se refiere a la aptitud de una persona para adoptar decisiones, que naturalmente varía de una persona a otra y puede ser diferente para una persona determinada en función de muchos factores, entre ellos factores ambientales y sociales. En virtud del artículo 12 de la Convención, los déficits en la capacidad mental, ya sean supuestos o reales, no deben utilizarse como justificación para negar la capacidad jurídica”. ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS. 2014. Comité sobre los derechos de las Personas con Discapacidad. Observación general N°1. [En línea] <http://www.villaverde.com.ar/es/assets/investigacion/discapacidad/Comite-ONU/CRPD-og1-castellano.pdf> [Consulta: 24 de noviembre de 2016].

⁵⁸ A modo de ejemplo, el artículo 16 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, dispone que “Todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica”.

2.2.1.- Nuevo paradigma. Consideración de la capacidad jurídica como una cuestión de derechos humanos.

El artículo 12.2 constituye, tal vez, la disposición más relevante de la Convención⁵⁹, que no tiene precedentes en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, y que obliga a los Estados Partes a estudiar todos los ámbitos de su legislación interna para asegurarse que el derecho a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad no esté limitado de modo distinto al resto del colectivo social y, en caso afirmativo, introducir modificaciones profundas en sus ordenamientos jurídicos. Éste consagra que todas las personas –con discapacidad o no-, son plenamente capaces de obrar “en todos los aspectos de la vida”, e implica que por motivos de discapacidad no cabe la sustitución o representación en la toma de decisiones o en el gobierno de su propia persona, toda vez que ello importaría, simplemente, rebajar su condición como persona ante la ley.

Y es aquí donde radica una diferencia capital con el tratamiento histórico que en Chile hemos dado a las personas con discapacidad mental, ya que la CDPD considera que tanto la capacidad jurídica como la discapacidad constituyen una cuestión de derechos humanos. Tal consideración es fundamental, dado que tradicionalmente la capacidad jurídica ha sido abordada en los diferentes sistemas jurídicos estatales, y sobre todo en aquellos de base latina como el nuestro, como una cuestión esencialmente técnica, y por ello ha sido regulada desde una perspectiva iusprivatista, bajo la cual la regulación de la capacidad jurídica se considera como un asunto relacionado con la intervención del individuo en el tráfico jurídico y está inspirada, básicamente, en el principio de protección de la persona. La asunción de dicho enfoque es uno de los factores por los que la capacidad jurídica

⁵⁹ “La adopción de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, es el último paso que traduce un cambio de paradigma, que a nivel internacional venía viviéndose desde la década de los años ochenta del siglo XX. Este cambio de paradigma se resume en la consideración de la discapacidad como una cuestión de derechos humanos. A partir de dicho enfoque, las políticas ofrecidas y las respuestas brindadas a los problemas que enfrentan las personas con discapacidad pasan a ser pensadas y elaboradas desde y hacia el respeto de los derechos humanos”. PALACIOS y BARIFFI (2007), p11.

fue dejada de lado por las normativas y políticas en materia de Derechos Humanos que se adoptaron anteriormente en el ámbito de la discapacidad.

Mas, el artículo 12 de la Convención hace patente el hecho que las condiciones de acceso a la capacidad jurídica inciden en forma determinante en las posibilidades de ejercicio de los Derechos Humanos. La capacidad jurídica constituye la puerta de acceso al ejercicio de todos los derechos, por lo que su reconocimiento es un requisito indispensable para poder ejercer y disfrutar de los derechos en igualdad de condiciones. En este sentido, la igualdad en la capacidad jurídica tiene un valor instrumental en relación con los demás derechos que reconoce la CDPD.

2.2.2.- Capacidad de las personas con discapacidad mental en igualdad de condiciones en todos los aspectos de la vida.

La exigencia de igualdad en el ámbito de capacidad no puede pretender desconocer las naturales diferencias y/o deficiencias mentales, intelectuales o sensoriales que afectan a las personas con discapacidad mental, puesto que ello no haría sino acentuar aún más la situación de vulneración de sus derechos fundamentales.

Y es que ni la configuración biológica ni la social resultan suficientes, por sí solas, para entender cabalmente el fenómeno de la discapacidad, porque no puede obviarse un hecho trascendente: la persona con discapacidad tiene una deficiencia de algún tipo –física, sensorial o mental- que la diferencia de otras personas. Como describe doña Paula Silva Barroilhet: “La discapacidad es compleja, dinámica, multidimensional y objeto de discrepancia. La transición que implicó pasar de una perspectiva individual y médica a una perspectiva estructural y social ha sido descrita como el viraje desde un “modelo médico” a un “modelo social”, en el cual las personas son consideradas discapacitadas por la sociedad más que por sus cuerpos. El modelo médico y el modelo social a menudo se presentan como dicotómicos, pero la discapacidad debería verse como algo que no es ni puramente médico ni

puramente social: las personas con discapacidad a menudo pueden experimentar problemas que derivan de su condición de salud. Se necesita un enfoque equilibrado que le dé el peso adecuado a los distintos aspectos de la discapacidad...Por otra parte, la sociedad presenta barreras que impiden o hacen más dificultosa la participación de personas con discapacidad en actividades sociales, pero también debemos tener en cuenta que las diferencias de las personas con discapacidad hacen en la práctica imposible evitar esas barreras. Algunas pueden ser eliminadas mediante adecuaciones de accesibilidad, pero otras no. Lo que la sociedad debe tener presente es que pueden y deben coexistir diferentes caminos que permitan el mayor desarrollo posible de todas las personas con discapacidad en comunidad, sin perder la perspectiva de los derechos humanos”⁶⁰.

Se trata, entonces, de construir la igualdad desde las innegables diferencias. Y (haciendo la prevención que extenderse a la discusión acerca del alcance del reconocimiento a la capacidad jurídica plena respecto de personas con deficiencias profundas es un asunto que excede a este ensayo⁶¹) creemos que esta igualdad, aún con lo difícil que sea comprenderla, ha de ser absoluta, sin ambages ni limitaciones. La igualdad que se pregonaba en la Convención va más allá de aquella meramente formal, y “crea una concepción de igualdad que está estrechamente vinculada con la percepción de la discapacidad como una desventaja que se presenta cuando las

⁶⁰ SILVA (2014), p.49.

⁶¹ “Retirada la reserva de la versión final del texto, fue pacífico que todos los Estados y todos los sistemas jurídicos del mundo y todos y cada uno de sus ordenamientos se ponían manos a la obra para adaptar sus ahora discriminatorios dictados al nuevo derecho humano reconocido a las personas con discapacidad. E inmediatamente empezó la controversia: “¿que podrán hacer qué?”, “no será toda clase de contratos; ¿sobre inmuebles, también?”, “imposible”; y, sobre todo, “¿quiénes?, ¿todos?, seguro que todos no”; “¿todas las personas incapaces? ¿Las judicialmente incapacitadas también?; ¿y los dementes?, ¿y los que están en coma?... Y si realmente las personas con discapacidad intelectual, todas, han de actuar jurídicamente, ejerciendo por sí mismas su capacidad de obrar, ¿cómo debe ser eso?, ¿qué precauciones deben tomarse?, ¿qué consecuencias habrá, en Derecho?, ¿qué debe ocurrir antes, qué, después? Por un lado, todas las actuaciones jurídicas personales están regladas, ninguna persona actúa enteramente a su arbitrio, ¿por qué no iba a haber reglas para la actuación de las personas con discapacidad y por qué no buscar las que mejor se adecuen a sus características y sus necesidades?, ¿acaso no es posible hacer eso sin perjudicar sus derechos humanos y con pleno respeto de la Convención?”.

MARIN, C. [s.f]. Los apoyos a la capacidad jurídica de obrar de todas las personas con discapacidad. [En línea] [http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/D5A9CCF44B32E65205257C8D00765E1E/\\$FILE/109_1_apoyos_5.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/D5A9CCF44B32E65205257C8D00765E1E/$FILE/109_1_apoyos_5.pdf) [Consulta: 24 de noviembre de 2016].

personas con deficiencias se encuentran en un entorno inaccesible, y no como una característica imputable simplemente a la persona”⁶².

Este concepto de igualdad da pie, además, a la definición de *discriminación por motivos de discapacidad*, establecida en el artículo 2° de la CDPD como “cualquier distinción, exclusión o restricción por motivos de discapacidad que tenga el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en los ámbitos político, económico, social, cultural, civil o de otro tipo. Incluye todas las formas de discriminación, entre ellas, la denegación de ajustes razonables”⁶³.

2.3.- Ajustes razonables, medidas de apoyo, y salvaguardias adecuadas y efectivas para el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad mental.

2.3.1.- Ajustes razonables

Para la prevención efectiva de la discriminación por motivos de discapacidad, los Estados tienen la obligación de asegurar la realización de ajustes razonables (artículo 5.3). Por “ajustes razonables” ha de entenderse todas aquellas

⁶² CONSEJO DE EUROPA. 2012. ¿Quién debe decidir? Derecho a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad intelectual y psicosocial. [En línea] [http://www.feaps.org/files/Documentos/CommDH-IssuePaper\(2012\)2_ES.pdf](http://www.feaps.org/files/Documentos/CommDH-IssuePaper(2012)2_ES.pdf) [Consulta: 24 de noviembre de 2016].

⁶³ Según MARTEL (2011), “la CDPD transforma el pensamiento convencional en relación a la discriminación por dos órdenes de motivos. En primer lugar, porque amplía el concepto, definiéndolo también en función de la no oferta de ajuste razonable, por lo que, paralelamente a las formas tradicionales de tratamiento desigual y discriminatorio, el rechazo a hacer un ajuste razonable que no llega al límite de la carga indebida, conlleva la discriminación a las personas con discapacidad. En segundo lugar, porque amplía expresamente el significado de discriminación al abarcar formas directas e indirectas, como la discriminación por efecto adverso, que ocurre cuando las medidas públicas o privadas que no son discriminatorias en su origen ni están imbuidas de intención discriminatoria acaban por dar lugar a manifiesto perjuicio, normalmente en su aplicación a algunos grupos minoritarios cuyas características físicas, psíquicas o modos de vida escapan a los de la generalidad de las personas a quienes las políticas se destinan”. *En*: Ajuste razonable: Un nuevo concepto desde la óptica de una gramática constitucional inclusiva. *Sur Revista Internacional de Derechos Humanos*. V.8, N.14, pp.89-115. [En línea] www.revistasur.org [Consulta: 24 de noviembre de 2016].

modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales (artículo 2° CDPD).

Con la noción de *ajustes* se busca que los Estados Partes empleen todos los mecanismos disponibles para modificar, adaptar, arreglar e incluso flexibilizar prácticas, materiales, ambientes, normas, etc., a las diferencias entre las personas para que se les asegure igualdad de oportunidades, a través del uso de los más diversos mecanismos, desde técnicas, tecnologías, revisión de procedimientos, hasta excepciones en el horario y lugar de trabajo, realización de tareas, actividades académicas y otros. Por su parte, el término *razonable* debe interpretarse como aquello que es eficaz para adaptar el ambiente material y normativo a las necesidades de la persona con discapacidad con el mínimo posible de segregación y estigma⁶⁴.

La obligación de hacer ajustes razonables no recae únicamente en los organismos estatales, sino también en entes privados. “Los empleadores, las escuelas, las autoridades locales, las empresas de transporte y todos aquellos que ofrecen servicios al público en general, deben tomar medidas para asegurar que sus servicios también sean accesibles para las personas con discapacidad. El propietario de un restaurante puede instalar una rampa para los clientes en silla de ruedas, o proponer leer el menú a aquellos que tienen una visión deficiente”⁶⁵.

Pero la noción de ajustes razonables no se restringe o agota sólo en las discapacidades físicas o sensoriales. Se aplica también en el caso de las personas con discapacidad intelectual y al proceso autónomo de toma de decisiones. Tal vez

⁶⁴ MARTEL (2011), p.107.

⁶⁵ CONSEJO DE EUROPA. 2012, p.19.

ellas no puedan comprender, en un principio, las consecuencias de determinados actos de relevancia jurídica (por ejemplo, la contratación de un servicio, la asunción de una deuda en el sistema bancario, o el consentimiento informado para someterse a una cirugía o negarse a ella). En tales casos, los agentes tienen la obligación de adoptar medidas positivas, que no supongan una carga desproporcionada o indebida⁶⁶, para satisfacer las necesidades de la persona con discapacidad, en equivalencia con los demás miembros del cuerpo social. Estas medidas pueden consistir, simplemente, en la revisión y simplificación de los procedimientos relacionados con acuerdos contractuales, entrega de información de fácil lectura, asistencia de familiares y amigos para comunicar las decisiones adoptadas, y ajustes procedimentales para la actuación de la persona con discapacidad ante los organismos públicos.

2.3.2.- Medidas de apoyo.

Es absolutamente posible que en ciertos supuestos algunas personas con discapacidad intelectual no puedan ejercer su capacidad jurídica, en forma autónoma e independiente, porque su capacidad de decidir, comprender o expresar su voluntad es notoriamente limitada. En estos casos, la restitución del derecho a la toma de decisiones podría generar un efecto contraproducente, y devenir en una absoluta desprotección.

Por ello, asumiendo que algunas personas con discapacidad no podrán gozar del pleno ejercicio de su capacidad jurídica por el simple hecho de su reconocimiento, y en lugar de tomar el camino de la sustitución de voluntad a través de la representación legal, el artículo 12.3 de la CDPD consagra un sistema de apoyos en la toma de decisiones, al establecer que los Estados Partes deberán adoptar “las

⁶⁶ MARTEL (2011) precisa qué ha de entenderse por carga indebida: “El argumento en defensa de la no realización del ajuste razonable es la carga indebida. En esencia, la carga será indebida cuando: 1) se adopte un ajuste que suprima exageradamente el objetivo de la medida general y provoque riesgos a la seguridad, la salud, el bienestar, etc.; 2) en la evaluación de costos y beneficios se muestre que el ajuste es demasiado costoso. Es necesario destacar que el análisis de costos y beneficios no se limita a los elementos económicos, ni tampoco se agota en los sujetos activo y pasivo específicamente implicados” (p.110).

medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica”; medidas de apoyo que se sujetan al marco de salvaguardias descritas en el artículo 12.4, que promuevan el ejercicio de la capacidad jurídica, y velen por que no se produzcan situaciones de abuso.

En un sentido natural, la palabra apoyo significa ayudar, favorecer, sostener, auxiliar, prestar un favor, o proteger⁶⁷; pero con tal noción no se evidencia participación alguna del sujeto que requiere del apoyo. Probablemente, el concepto más adecuado sería el de “asistencia”, que implica la labor de un tercero que asiste o presta un servicio a una persona.

La prestación de apoyos, se reconoce en forma genérica en el artículo 12.3, pero tal obligación aparece contemplada también en otros preceptos de la Convención (específicamente, en los artículos 9º, 23, 24 y 29, en relación con el acceso a la información, la crianza de los hijos, educación y derecho a voto, respectivamente). Esta extensión del apoyo refuerza el reconocimiento otorgado a la capacidad jurídica de todas las personas con discapacidad en todos los aspectos de la vida.

Del contexto de la Convención, se observa que los Estados Partes reconocen “la necesidad de promover y proteger los derechos humanos de todas las personas con discapacidad, incluidas aquellas que necesitan un apoyo más intenso” (Preámbulo, letra j); y que el artículo 3º letra a) reconoce como un principio que la inspira “el respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas”. De lo anterior, aparece que la CDPD recoge como un principio general el derecho de las personas con discapacidad a tomar las propias decisiones.

⁶⁷ Diccionario de la Real Academia Española, vigésimo tercera edición, versión online, disponible en: <http://dle.rae.es/?id=3HwlXFWl3HxjGgk>

El elemento que define o caracteriza al modelo de apoyos es la voluntad decisoria del sujeto que (a diferencia de lo que ocurre en el modelo de representación por sustitución) sigue en cabeza de la propia persona con discapacidad⁶⁸. A la luz de la Convención todas las personas, incluidas por supuesto aquellas con discapacidad intelectual, tienen capacidad plena para ejercer sus derechos de manera independiente, de acuerdo a su propia voluntad. De esta manera, no se puede obligar a las personas con discapacidad a contar con apoyos ni condicionar el ejercicio de sus derechos.

Las personas con discapacidad pueden decidir de manera libre si desean contar con apoyos, así como establecer su forma, alcance y duración. También, podrían rechazar cualquier apoyo que no deseen.

El apoyo que exige el artículo 12 puede adoptar múltiples formas, siempre adaptadas a las diferentes situaciones personales y deficiencias de la persona que lo requiere, tales como apoyo para permitir que una persona se comuniquen de formas alternativas y de esta manera pueda transmitir su mensaje a terceros; apoyo para ayudar a una persona en sus contactos con autoridades e instituciones públicas y privadas; o apoyo para la toma de decisiones importantes para la planificación de vida de la persona con discapacidad, entre otros⁶⁹.

⁶⁸ Los apoyos que prevé la CDPD no deben confundirse con el sistema de sustitución de la voluntad, ni se trata puramente de sustituir el vocablo “representación”, por el de “apoyo”. Señala Bariffi: “El modelo de apoyos tiene como objetivo asegurar que sea siempre la persona con discapacidad quien decida. De este modo, resulta irrelevante si una medida legal lleva el nombre de apoyo o asistencia, ya que lo que importa es quien decide. El modelo de apoyos previsto por la CDPD puede mantener alguna de las características del modelo de asistencia previsto en algunas legislaciones vigentes, pero no se trata de lo mismo. Y ello no sólo en cuanto al diferente bien jurídico protegido, sino principalmente, porque el modelo de asistencia se suele centrar “en la formalización de acto jurídico” en tanto que el modelo de apoyos no solo se centra en dicho ámbito, sino que además se proyecta sobre el “proceso de la toma de decisiones”. BARIFFI (2014), p.477.

⁶⁹ “Hay que pensar en diferentes tipos de apoyo sobre la base de: *el tipo de acto jurídico*: por ejemplo diferenciar entre actos trascendentales para la vida y/o el patrimonio de la persona (matrimonio, venta o compra de una casa, donación), y actos ordinarios de la vida común (reformular su casa, ir de viaje, suscribirse a un club deportivo) siendo en este último caso prácticamente innecesario el apoyo; *el tipo de figura de apoyo adecuado*. Será necesario poner a disposición de la persona diferentes tipos de figuras de apoyo que mejor se adapten a su situación particular. Por ejemplo, la posibilidad de un asistente personal, o la de un familiar, o la de un grupo de amigos, o la de una asociación, o la de un ombudsman o defensor oficial”. BARIFFI (2014), p 486.

El sistema de apoyos siempre debe ser respetuoso del ejercicio de los derechos y libertades fundamentales, y de las preferencias, deseos y voluntad de la persona con discapacidad, a quien debe tenerse en cuenta, también, en la elección de la propia figura de apoyo⁷⁰.

Asimismo, éstas medidas deben aplicarse en el plazo más corto posible, ser estrictamente necesarias para cumplir con el acto en que se requieren, y sujetarse a exámenes periódicos y a la evaluación periódica de su necesidad, por un juez o autoridad competente e imparcial.

2.3.3.- Salvaguardias.

Las salvaguardias son medidas fijadas por el Estado, que tienden, no a reconocer derechos, sino que a garantizar la correcta aplicación de los mismos; mecanismos para evitar los riesgos de manipulación y abusos por parte de las personas a quienes se confía el apoyo en la toma de decisiones.

El artículo 12.4 de la CDPD hace una referencia genérica a las salvaguardias, al señalar que “Los Estados Partes asegurarán que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos. Esas salvaguardias asegurarán que las medidas

⁷⁰ “En la mayoría de los sistemas vigentes, la designación del representante (curador o tutor) se discierne sobre la base de criterios aparentemente objetivos como el grado de parentesco, solvencia económica, moralidad, carencia de antecedentes de mala conducta, etc., pero nunca sobre la base de la elección o voluntad de la persona. El modelo previsto por la CDPD parte de la premisa de que la propia persona debe decidir quién o quienes han de desempeñarse como personas de apoyo. Asimismo, en la mayoría de los sistemas vigentes donde se designa un representante legal, la voluntad de la persona es lisa y llanamente ignorada en el ejercicio de la tutela o curatela. Técnicamente dicho representante no requiere estar en contacto directo con la persona, y puede incluso ejercer la tutela o curatela, por decirlo en un sentido figurado, desde un escritorio. Ello no implica que el representante tenga libertad absoluta de actuar en nombre de su representado puesto que los ordenamientos jurídicos suelen regular controles estrictos, principalmente en la esfera patrimonial, como confección de inventario o rendiciones de cuentas, pero no requieren de consultar a la persona en la toma de decisiones”. BARRIFFI (2014), p.487.

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”.

De acuerdo a lo expuesto por Juan Pablo Olmo y Julio Martínez Alcorta⁷¹, las salvaguardias deben ser analizadas en su estrecha vinculación con las medidas de apoyo para la toma de decisiones y se proyectan, entre otros aspectos, como garantía de debido proceso para el trámite en el cual se determinará la aplicación o no de una medida de apoyo, y a los fines de determinar el contenido y alcances de los apoyos y su posible modificación, como garantía de proporcionalidad y adecuación, para no dejar desprotegida a la persona ni tampoco sobreprotegerla.

Al cumplir un rol de control al sistema de apoyo, las salvaguardias deben ser ejercidas por personas distintas a quienes proveen estos apoyos, y estar claramente separadas de las primeras.

De acuerdo al propio texto de la Convención, las salvaguardias han de garantizar:

a) El respeto de los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona con discapacidad: Este aspecto no debe perderse de vista, ya que el régimen de incapacidad vigente en nuestro país no ha tenido en cuenta el respeto de los derechos del demente, y en ciertas situaciones jurídicas deniega y vulnera absolutamente el ejercicio de tales derechos. Las formas de apoyo en el ejercicio de

⁷¹ OLMO, J. y MARTINEZ, J. (2010). Art. 12 CDPD: Medidas de apoyo y de salvaguardia. Propuestas para su implementación en el régimen jurídico argentino. [En línea] <http://www.articulo12.org.ar/documentos/trabajos/comision%20II/2-olmo.pdf> [Consulta: 24 de noviembre de 2016].

la capacidad jurídica deben estar basadas en la voluntad y las preferencias de la persona, y no en lo que se suponga que es su interés superior objetivo.

b) Que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida: El régimen jurídico vigente ha intentado garantizar la ausencia de conflicto de intereses, pero siempre desde un orden puramente patrimonial, a través de la obligación de rendir fianza y practicar inventario solemne para discernir la curaduría.

No obstante, la implementación de las salvaguardias debe adaptarse al modelo de apoyos. Es fundamental que la persona que brinde el apoyo no tenga ningún conflicto de intereses ni que exista influencia indebida en relación al acto jurídico sobre el que se le ha solicitado ayuda, sea de carácter patrimonial o personal.

c) Proporcionalidad y adaptabilidad de las medidas a las circunstancias de la persona: A mayor interferencia en los derechos de la persona con discapacidad, mayores medidas de protección deben aplicarse.

El modelo de apoyo en la toma de decisiones supone la adaptación del apoyo a las diferentes situaciones, a la medida de la necesidad de la persona con discapacidad, teniendo en cuenta el tipo de acto jurídico implicado y el tipo de figura de apoyo a emplear. Con esto, la Convención garantiza que ningún régimen de apoyos sea exactamente igual a otro, ya que cada uno debe considerar la situación en que se halla la persona en un tiempo y contexto dado⁷².

d) Aplicación de la medida de apoyo en el plazo más corto posible: La asistencia debe brindarse por el tiempo estrictamente necesario para cumplir con el acto para el que se requiere. No obstante, creemos que las medidas no deben estar condicionadas a un factor temporal, sino que deben aplicarse cada vez que, por las particulares condiciones de la persona que requiere el apoyo, hagan falta.

⁷² BARRIFFI (2014), p.508.

e) Que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica estén sujetas a exámenes periódicos: Debe evaluarse periódicamente la necesidad de la medida, por autoridad u órgano judicial competente, independiente e imparcial. Se impone así, una necesaria judicialización de las medidas de apoyo.

2.4.- Mecanismos de aplicación, vigilancia y seguimiento de la Convención.

La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, en tanto Tratado Internacional celebrado entre Estados independientes y soberanos, impone obligaciones internacionales a sus signatarios, contenidas en el artículo 4° del mismo cuerpo legal, y que se resumen en: *a)* asegurar y promover el pleno ejercicio de todos los derechos humanos y libertades fundamentales de las personas con discapacidad, sin discriminación alguna por motivos de discapacidad; *b)* adoptar medidas hasta el máximo de los recursos disponibles para lograr, de manera progresiva⁷³ el pleno ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales reconocidos; *c)* consultar y mantener relaciones estrechas y activas con las personas

⁷³ Es interesante destacar que el cumplimiento progresivo de la Convención, se establece sólo respecto de los derechos económicos, sociales y culturales consagrados, y en caso alguno respecto de los derechos civiles y políticos reconocidos, como el derecho al igual reconocimiento como persona ante la ley que sirve de fundamento de este ensayo, y cuyo cumplimiento puede ser inmediatamente exigido.

Citando al investigador Gerard Quinn, SILVA (2014) menciona que “La Convención es interesante puesto que combina derechos civiles y políticos, como el derecho a la protección contra la tortura, y derechos económicos, sociales y culturales, como el derecho a la educación. De acuerdo al derecho internacional, se puede distinguir entre *obligaciones de resultado*, las que deben ser alcanzadas de inmediato, y *obligaciones de conducta*, que son de naturaleza programática. Corresponden a obligaciones de resultado, de ejecución inmediata, el reconocimiento de derechos civiles y políticos y las materias de no discriminación, y su cumplimiento puede normalmente ser exigido por la vía judicial. Las obligaciones que corresponden a los derechos económicos, sociales y culturales, en cambio, tienen difícil ejecución judicial, y requieren de esfuerzos progresivos de los estados para su cumplimiento”.

También la autora pone de manifiesto la posición que adopta doña María Soledad Cisternas Reyes, presidenta del Comité de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, y Premio Nacional de Derechos Humanos 2014, en cuanto a que “Las disposiciones de un tratado de derechos humanos son autoejecutables. Esto se aplica especialmente a disposiciones como la indicada en el artículo 12 de la CDPD, sobre igual reconocimiento como persona ante la ley, capacidad jurídica plena, y en el artículo 13, sobre el acceso a la justicia de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones con las demás, constituyendo los segmentos axiológicos de las respectivas normas. A mayor abundamiento, tratándose ambos casos de derechos civiles, no se encuentran sujetos al principio de cumplimiento progresivo que se relaciona con los derechos sociales, económicos y culturales. En otras palabras, igual reconocimiento como personas ante la ley, capacidad jurídica plena y acceso a la justicia son obligaciones de cumplimiento inmediato”. SILVA (2014), pp.69-70.

con discapacidad, a través de las organizaciones que las representan; y d) la consideración de que nada de lo dispuesto en la Convención afectará las disposiciones que puedan facilitar, en mayor medida, el ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad y que puedan figurar en la legislación de un Estado Parte o en el derecho internacional vigente.

Pero por su intermedio, además –tratándose de un instrumento de promoción y protección de derechos humanos- se establecen relaciones directas entre los Estados y los individuos; por lo que, desde las fases iniciales de negociación, se reconoció la necesidad de establecer mecanismos independientes de seguimiento, tanto a nivel nacional como internacional, para asegurar avances en la aplicación de todos los derechos reconocidos.

El mecanismo de vigilancia que prevé la Convención se divide en dos ámbitos, uno nacional y otro internacional, según se verá a continuación:

2.4.1.- Seguimiento nacional.

La CDPD, en su artículo 33, establece las disposiciones relativas al sistema de seguimiento nacional, en el cual se distinguen dos situaciones.

Por una parte, se orienta a los Estados Partes en cuanto a la importancia de designar uno o más organismos gubernamentales encargados de la aplicación de la Convención y la designación de mecanismos para la coordinación en la adopción de las medidas de implementación. El inciso primero de la norma mencionada dispone que “Los Estados Partes, de conformidad con su sistema organizativo, designarán uno o más organismos gubernamentales encargados de las cuestiones relativas a la aplicación de la presente Convención y considerarán detenidamente la posibilidad de establecer o designar un mecanismo de coordinación para facilitar la adopción de medidas al respecto en diferentes sectores y a diferentes niveles⁷⁴”.

⁷⁴ Señala BARRIFFI (2014): “Si bien el texto de la CDPD no obliga a la creación un órgano a dichos efectos, el volumen e importancia de las tareas a llevarse a cabo suponen, evidentemente, una necesaria reestructuración

Esta obligación no ha sido cumplida por el Estado de Chile, por cuanto SENADIS no tiene atribuciones específicas en materia de seguimiento de la Convención ni se han creado instancias de participación para tales efectos⁷⁵.

En segundo lugar, se demanda de los Estados Partes el establecimiento de un marco de protección y supervisión en la aplicación de la Convención. Al efecto, el artículo 33, apartado segundo, preceptúa que “Los Estados Partes, de conformidad con sus sistemas jurídicos y administrativos, mantendrán, reforzarán, designarán o establecerán, a nivel nacional, un marco, que constará de uno o varios mecanismos independientes, para promover, proteger y supervisar la aplicación de la presente Convención. Cuando designen o establezcan esos mecanismos, los Estados Partes tendrán en cuenta los principios relativos a la condición jurídica y el funcionamiento de las instituciones nacionales de protección y promoción de los derechos humanos”.

Así, se impone la obligación de designar, en caso que no exista, un órgano genuinamente independiente y estable, para la promoción, protección y supervisión de las disposiciones de la CDPD.

Finalmente, el artículo 33 inciso tercero incorpora a los miembros de la sociedad civil en todos los procedimientos de seguimiento a nivel nacional al disponer que “La sociedad civil, y en particular las personas con discapacidad y las organizaciones que las representan, estarán integradas y participarán plenamente en todos los niveles del proceso de seguimiento”.

del órgano en cuestión de modo que cuente con recursos y competencias suficientes para el desempeño de sus funciones. Pensemos que en virtud del principio de transversalidad y del alcance de los derechos reconocidos y de las obligaciones impuestas a los Estados Partes, la correcta y efectiva implementación de la CDPD requerirá muy probablemente de incidir en prácticamente todas las áreas ministeriales de gobierno. Por ello, el órgano designado para la aplicación de la CDPD debería tener poder o competencia para incidir en las diferentes carteras ministeriales, o en última instancia, en las coordinación de las políticas públicas en la materia” (p.281).

⁷⁵ SILVA (2014). P.73.

2.4.2.- Seguimiento internacional: El Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

El artículo 34 de la Convención establece la creación del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad; el cual estará compuesto por 12 expertos independientes (pudiendo ampliar su composición hasta llegar a los 18 miembros una vez alcanzadas otras 60 ratificaciones o adhesiones tras su entrada en vigor), elegidos por los Estados Parte de acuerdo a una distribución geográfica equitativa, la representación de las diferentes formas de civilización y los principales ordenamientos jurídicos, una representación de género equilibrada y la participación de expertos con discapacidad.

Cabe señalar, que durante el proceso de negociaciones, hubo países que no deseaban la existencia de un mecanismo propio de seguimiento de la Convención, por existir otros órganos de Naciones Unidas para vigilar el cumplimiento de las obligaciones de los Estados en materia de derechos humanos⁷⁶. No fue sino hasta el último periodo de sesiones la oportunidad en que se acordó establecer como órgano de monitoreo, un Comité especial, cuya principal función es la de examinar los informes periódicos que los Estados Partes están obligados a presentar.

Los Estados que hayan ratificado la Convención, en el plazo de dos años contados desde la entrada en vigor de la misma, deberán presentar un informe exhaustivo sobre las medidas adoptadas para el cumplimiento de las obligaciones asumidas y los progresos alcanzados. Posteriormente, los Estados Partes deberán remitir informes cada cuatro años, o en cada ocasión en que el Comité se los solicite.

Con la presentación del informe, se inicia un proceso de dialogo entre el Comité y el Estado informante. Una vez examinado, el Comité podrá hacer las sugerencias y

⁷⁶ Bariffi sostiene que las delegaciones de China, Federación Rusa, Australia y Sudán manifestaron abiertamente, en la última reunión, su oposición a la creación de un órgano especializado basándose en que la discapacidad era un tema transversal, y por tanto, correspondía que los otros órganos sean los que vigilen lo dispuesto por la nueva convención. BARIFFI (2014), nota 464, p.290.

recomendaciones que estime oportunas y remitirlas al Estado, el que a su vez podrá reenviar cualquier información que considere pertinente.

Además, en función de los informes y datos recibidos de los Estados Partes, el Comité podrá hacer sugerencias, recomendaciones y comentarios de carácter general, con lo cual viene a ejercer una función interpretativa y clarificadora de las disposiciones y derechos consagrados en la Convención.

Ante la reticencia de algunos Estados para incluir un mecanismo propio de supervisión, y en particular la resistida posibilidad de conceder (en el texto mismo de la CDPD) facultades al Comité para recibir quejas o comunicaciones individuales⁷⁷, se adoptó un Protocolo Facultativo a la Convención, opcional y operativo únicamente respecto de los Estados suscritores de dicho Protocolo⁷⁸.

En virtud de este instrumento anexo, se reconoce la competencia del Comité para recibir y considerar comunicaciones o reclamos individuales, presentados por (o en nombre de) personas o grupos víctimas de una posible violación de cualquiera de los derechos reconocidos en la Convención por un Estado Parte que haya ratificado el Protocolo Facultativo.

El Protocolo proporciona al Comité, además, la posibilidad de iniciar un procedimiento de investigación si ha recibido información fidedigna que revele violaciones graves o sistemáticas a los derechos reconocidos en la Convención.

⁷⁷ “La ratificación del Protocolo Facultativo ha suscitado mayores resistencias, pues posibilita a que el Estado parte pueda ser acusado ante el órgano de vigilancia por las violaciones a los derechos de las personas con discapacidad”. BENAVIDES, A. 2013. Modelos de capacidad jurídica: Una reflexión necesaria a la luz del art.12. de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, p.192.

⁷⁸ En el estado actual, se registran 159 ratificaciones a la CDPD, y 88 ratificaciones al Protocolo Facultativo.

2.5.- Hacia el cambio de paradigma en el concierto internacional.

Hemos señalado, que la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad importa un verdadero cambio de paradigma en lo relativo a la protección jurídica de estas personas, puesto que –asumiendo el modelo social– “está desencadenando cambios profundos en los planos filosóficos, políticos, legislativos, y hasta en el de las mentalidades, pues nos remite a una nueva concepción de discapacidad⁷⁹”. A través de ella, se desatiende a la consideración de la persona con discapacidad como objeto de políticas asistenciales y de caridad, reconociéndole personalidad y plena capacidad jurídica, en todas las esferas de su vida.

Sin embargo, la senda que traza la CDPD, y especialmente su artículo 12, no ha sido lo suficientemente comprendida por los Estados Partes⁸⁰, y no se ha incorporado debidamente a los ordenamientos nacionales, como se verá. A decir de un autor, “supone tal carga de profundidad para la visión más tradicional y adocenada de lo que venía siendo la discapacidad, que pareciera que aún no somos conscientes de la dimensión y alcance de esta transformación, y de lo que lleva consigo, en todas las esferas⁸¹”.

A continuación, se hará un breve recorrido por las experiencias de protección de las personas con discapacidad que se consagran en los ordenamientos nacionales de algunos países de Europa y América Latina (concretamente, España, Italia, Argentina y Perú), considerando el panorama general de la legislación nacional en

⁷⁹ CAYO [s.f]. La capacidad jurídica y su revisión a la luz de la Convención. Una visión desde el movimiento asociativo español. [En línea] <http://docplayer.es/19902337-La-capacidad-juridica-y-su-revision-a-la-luz-de-la-convencion-una-vision-desde-el-movimiento-asociativo-espanol-1.html> [Consulta: 24 de noviembre de 2016].

⁸⁰ En la Observación General sobre el artículo 12, y “Basándose en los informes iniciales de los distintos Estados partes que ha examinado hasta la fecha, el Comité observa que hay un malentendido general acerca del alcance exacto de las obligaciones de los Estados partes en virtud del artículo 12 de la Convención. Ciertamente, no se ha comprendido en general que el modelo de discapacidad basado en derechos humanos implica pasar del paradigma de la sustitución en la adopción de decisiones a uno basado en el apoyo para tomarlas”. OBSERVACIÓN GENERAL N°1 (2014).

⁸¹ CAYO (s.f.), p.66.

relación a la discapacidad y el impacto del artículo 12 de la CDPD en sus ordenamientos jurídicos.

2.5.1.- España.

Puede sostenerse que los valores y principios propugnados por la CDPD, en tanto tratado internacional de derechos humanos, forman parte, desde antes de su adopción y de un modo más o menos aceptable⁸², del ordenamiento jurídico hispano. En efecto, el artículo 10 de la Carta Magna Española establece que “1) La dignidad de la persona, los derechos Inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social. 2) Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”⁸³.

Además, la Constitución contiene una norma específica en relación con la discapacidad. El artículo 49 (incorporado dentro del Capítulo Tercero, *de los principios rectores de la política social y económica*) señala: “Los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos”.

⁸² Citando al investigador Ricardo de Lorenzo, BENAVIDES (2013) menciona que “...una primera afirmación que puede formularse, ya anticipada, es que las diferencias no pueden ser demasiadas, en tanto que la Convención forma parte del bloque amplio de derechos humanos del sistema de la ONU, bloque que forma parte desde antiguo nuestro ordenamiento jurídico (artículo 10 de la Constitución Española). En gran medida, al haber incorporado a nuestro ordenamiento jurídico ese bloque de derechos humanos, del que emana y en el que se integra la convención, no hay motivos sólidos para que las discrepancias sean tan acusadas como podría temerse”. (p.200).

⁸³ CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978. [En línea] <https://www.boe.es/legislacion/documentos/ConstitucionCASTELLANO.pdf> [Consulta: 24 de noviembre de 2016].

En el sistema jurídico español se han producido algunas reformas que suponen la asunción del enfoque de los derechos humanos y del modelo social en el tratamiento de la discapacidad, en consonancia con el artículo 12 de la Convención⁸⁴. Sin embargo, estas reformas han dejado al margen la cuestión de la regulación de los derechos de la personalidad y la capacidad jurídica y de obrar de las personas con discapacidad, evidenciando con ello el mayor desencuentro entre el ordenamiento jurídico y la Convención.

La regulación vigente responde a los principios del modelo médico y acoge el modelo de sustitución en la toma de decisiones. Parte de una presunción general – simplemente legal- de plena capacidad de todas las personas adultas. En este sentido, el artículo 199 del Código Civil Español⁸⁵ dispone que “*Nadie puede ser declarado incapaz sino por sentencia judicial en virtud de las causas establecidas en la Ley*”. Tales causales de incapacitación se establecen en el artículo 200, que señala que “*Son causas de incapacitación las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que impidan a la persona gobernarse por sí misma*”⁸⁶.

⁸⁴ Concretamente, la ley 51/2003, Ley de Igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal (LIONDAU), la que, desde su exposición de motivos aborda la discapacidad como un asunto de derechos humanos. Dicha norma ha sido derogada por el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social.

⁸⁵ CODIGO CIVIL ESPAÑOL. [En línea] <https://www.boe.es/buscar/pdf/1889/BOE-A-1889-4763-consolidado.pdf> [Consulta: 24 de noviembre de 2016].

⁸⁶ Respecto del factor de atribución de discapacidad, CUENCA señala que por cierto sector de la doctrina “...se suele insistir en que el sistema de incapacitación previsto en la legislación española no considera la discapacidad, o las deficiencias, por sí mismas, como causa de incapacitación, afirmándose que el presupuesto fundamental para que opere este mecanismo de protección lo constituye la imposibilidad de autogobierno, esto es, la consecuencia de la enfermedad o deficiencia. Sin embargo, aunque en el sistema español la discapacidad no parece bastar para declarar la incapacitación, exigiéndose otro elemento adicional, el impedimento de autogobierno, en realidad es la propia discapacidad, su tipo y su gravedad evaluada conforme a parámetros netamente médicos, el único criterio que parece tenerse en cuenta para determinar su concurrencia. De este modo, la regulación de las causas de incapacitación en la legislación española parece tener la intención y desde luego despliega el efecto de incluir únicamente a las personas con discapacidad”. CUENCA (2012). El sistema de apoyo en la toma de decisiones desde la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad: Principios generales, aspectos centrales e implementación en la legislación española. Revista Electrónica de Derecho Universidad de La Rioja, REDUR, N°10, pp. 61-94 [En línea] <http://www.unirioja.es/dptos/dd/redur/numero10/cuenca.pdf> [Consulta: 24 de noviembre de 2016].

El procedimiento de incapacitación es uno contradictorio, en el que se busca la determinación de la imposibilidad de autogobierno y la elección del sistema de guarda adecuado, basado únicamente en dictámenes médicos, sin tener en cuenta la voluntad y preferencias de la persona, quien no es más que un mero objeto del proceso, al que el juez debe examinar, pero no tiene la obligación de escuchar⁸⁷.

Es un sistema –en teoría- gradual y flexible, por cuanto exige que la limitación de capacidad se adecue al nivel de autogobierno del individuo. Al respecto, el artículo 760 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) dispone en su parte pertinente que “*La sentencia que declare la incapacitación determinará la extensión y los límites de ésta, así como el régimen de tutela o guarda a que haya de quedar sometido el incapacitado*”. Pero “en su aplicación el sistema español se muestra rígido e inflexible. En efecto, las sentencias de incapacitación, incumpliendo claramente el mandato legal, no suelen contener una determinación detallada de las áreas o los actos sobre los que se proyecta la limitación de la capacidad y responden a fórmulas genéricas y a pronunciamientos estereotipados. Así, la práctica ha llevado a establecer dos grandes grados de incapacitación: 1) *la incapacitación total*, que conlleva el sometimiento a tutela del incapacitado, limitándose en estos casos la sentencia a señalar, con carácter general, que el incapaz queda privado de capacidad de obrar tanto en su esfera patrimonial como en su esfera personal, actuando el tutor como representante que sustituye a la persona incapaz en la toma de sus decisiones en estos dos ámbitos; 2) *la incapacitación parcial*, que supone el sometimiento a curatela del incapacitado, entendiéndose habitualmente, aunque no se establece expresamente en la regulación civil, que el curador debe asistir al

⁸⁷ El artículo 760 de la Ley de Enjuiciamiento Civil dispone que “En los procesos de incapacitación, además de las pruebas que se practiquen de conformidad con lo dispuesto en el artículo 752, el tribunal oirá a los parientes más próximos del presunto incapaz, examinará a éste por sí mismo y acordará los dictámenes periciales necesarios o pertinentes en relación con las pretensiones de la demanda y demás medidas previstas por las leyes. Nunca se decidirá sobre la incapacitación sin previo dictamen pericial médico, acordado por el tribunal”.

incapacitado en la realización de la generalidad de sus actos de disposición de carácter patrimonial⁸⁸.

Cabe señalar, que el artículo 761 de la LEC contempla un procedimiento de reintegración de la capacidad, en cuanto dispone que *“La sentencia de incapacitación no impedirá que, sobrevenidas nuevas circunstancias, pueda instarse un nuevo proceso que tenga por objeto dejar sin efecto o modificar el alcance de la incapacitación ya establecida”* No obstante, no existe disposición alguna que establezca un procedimiento de revisión periódica, y de oficio, de las medidas inicialmente adoptadas.

De lo dicho, aparece de manifiesto la necesidad de reformar la legislación civil española referente a la capacidad jurídica, para adecuarla efectivamente al mandato previsto en el artículo 12 de la Convención. Sin embargo, pareciera que no existe mayor intención de avanzar en ese camino, ni de introducir un auténtico sistema de apoyo a la toma de decisiones.

De hecho, en el “Primer Informe sobre medidas adoptadas en cumplimiento de Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad” presentado al Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, se afirmó que: 1) puesto que en el sistema jurídico español las personas con discapacidad tienen reconocida personalidad jurídica e igual capacidad jurídica que las demás personas, debe concluirse la plena compatibilidad del ordenamiento jurídico con las previsiones de los apartados 1 y 2 del artículo 12 de la Convención; 2) que la incapacitación es un instrumento mediante el cual se priva, total o parcialmente, a una persona física de su capacidad de obrar, pero que esta restricción no contraviene la CDPD, en la medida en que lo determinante para que concurra la causal de incapacitación no es la patología, sino que la misma impida a la persona gobernarse por sí misma; 3) que la exigencia de proporcionar apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica quedaría cubierta

⁸⁸ CUENCA (2012), p.67.

por las instituciones de guarda y protección de la persona y bienes, o solamente de la persona o de los bienes del incapacitado, a través de los mecanismos de la tutela y de la curatela; y 4) que debe reformarse la legislación civil para ajustarse mejor a las salvaguardas previstas en el artículo 12.5 si bien se considera que tales previsiones, en todo caso, subyacen en nuestra legislación⁸⁹.

2.5.2.- Italia.

El ordenamiento italiano no contiene disposiciones de rango constitucional, referentes a las personas con discapacidad; no obstante se inspira en ciertos principios concordantes con la Convención. Así, el artículo 2° de la Constitución de la República Italiana⁹⁰ establece que *“La República reconoce y garantiza los derechos inviolables del hombre, ora como individuo, ora en el seno de las formaciones sociales donde aquél desarrolla su personalidad, y exige el cumplimiento de los deberes inexcusables de solidaridad política, económica y social”*. Por su parte, el artículo 3° del mismo cuerpo legal garantiza que *“Todos los ciudadanos tendrán la misma dignidad social y serán iguales ante la ley, sin distinción de sexo, raza, lengua, religión, opiniones políticas ni circunstancias personas y sociales. Constituye obligación de la República suprimir los obstáculos de orden económico y social que, limitando de hecho la libertad y la igualdad de los ciudadanos, impiden el pleno desarrollo de la persona humana y la participación efectiva de todos los trabajadores en la organización política, económica y social del país”*.

En lo que respecta a la regulación de la capacidad jurídica, existen en el *Codice Civile* de 1942 dos instituciones que conllevan la incapacitación del individuo, total

⁸⁹ CUENCA, P. 2010. La igualdad en la capacidad jurídica de las personas con discapacidad: algunas implicaciones del art. 12 de la CIDPD en el Ordenamiento jurídico español. [En línea] <http://www.articulo12.org.ar/documentos/trabajos/comision%20I/1-cuenca.pdf> [Consulta: 24 de noviembre de 2016].

⁹⁰ Constitución de la República Italiana. Versión digital en español [En línea] <http://www.ces.es/TRESMED/docum/ita-cttn-esp.pdf> [Consulta: 24 de noviembre de 2016].

(interdizione) o parcial (inabilitazione). El artículo 414 de la norma legal citada, situado en el capítulo denominado “De la interdicción, de la inhabilitación y de la incapacidad natural”, sostiene⁹¹ que *“El mayor de edad y el menor emancipado, que se encuentre en condición de habitual enfermedad mental que lo haga incapaz de actuar a su propio interés, debe ser interdicto”*⁹².

Asimismo, el artículo 415 establece: *“El mayor de edad enfermo mental, en un estado en el cual no sea de la suficiente gravedad para dar lugar a la interdicción, puede ser inhabilitado. Puede también ser inhabilitado, quien por prodigalidad o por abuso habitual de bebidas alcohólicas o de estupefacientes, expone a sí mismo y a su familia a grave perjuicio económico. Puede asimismo, ser inhabilitado el sordomudo y el ciego de nacimiento o de los primeros años de infancia, si no ha recibido educación suficiente, salvo la aplicación del artículo 414 cuando resulta que ellos son del todo incapaces de proceder a favor de sus propios intereses”*⁹³.

Ahora bien, producto de la rigidez de las normas recién citadas, y de la sensibilización y toma de conciencia que a nivel regional implicó la declaración del año 2003 como *“Año Europeo de las personas con discapacidad”*, se introdujo una importante reforma a las normas sobre la materia, que tiene lugar con la aprobación de la Ley 6/2004.

Mediante dicha ley (promulgada más de dos años antes de la aprobación de la CDPD, pero en sintonía con ella) se modifican los artículos 404 a 413 del *Codice Civile*, en el sentido de establecer la figura de *l'amministrazione di sostegno* o

⁹¹ Las transcripciones en español de los artículos del Codice Civile corresponde a una traducción libre, efectuada por don Juan Rojas Jaen. [En línea] <https://es.scribd.com/doc/35172906/Traduccion-Del-Codigo-Civil-Italiano-a-Cargo-Del-Abogado-Juan-Rojas-Jaen> [Consulta: 24 de noviembre de 2016].

⁹² Artículo 414 del Código Civil italiano: *“Persone che possono essere interdette: Il maggiore di età e il minore emancipato, i quali si trovano in condizioni di abituale infermità di mente che li rende incapaci di provvedere ai propri interessi, sono interdetti quando ciò è necessario per assicurare la loro adeguata protezione”*.

⁹³ Artículo 415 del Código Civil italiano: *“Persone che possono essere inabilite: Il maggiore di età infermo di mente, lo stato del quale non è talmente grave da far luogo all'interdizione, può essere inhabilitato. Possono anche essere inhabilitati coloro che, per prodigalità o per abuso abituale di bevande alcoliche o di stupefacenti, espongono sé o la loro famiglia a gravi pregiudizi economici. Possono infine essere inhabilitati il sordo e il ciego dalla nascita o dalla prima infanzia, se non hanno ricevuto un'educazione sufficiente, salva l'applicazione dell'articolo 414 quando risulta che essi sono del tutto incapaci di provvedere ai propri interessi”*.

administración de apoyo; institución tuitiva y no incapacitante, que se coloca al lado del beneficiario, sin sustituirlo y sin sustraerle su capacidad de obrar⁹⁴.

El artículo 404 del Código Civil italiano expresa: *“La persona que por efecto de una enfermedad o de una discapacidad física o psíquica, se encuentra en la imposibilidad, incluso temporal, de actuar en su interés propio, puede ser asistida por un administrador de sustento nombrado por el juez tutelar del lugar en el cual esta tenga la residencia o el domicilio⁹⁵”*. Y, el artículo 409: *“El beneficiario conserva la capacidad de actuar para todos los actos que no requieran la representación exclusiva o la asistencia necesaria del administrador. El beneficiario de la administración puede en todo caso, realizar los actos necesarios para satisfacer las exigencias de la propia vida cotidiana⁹⁶”*.

La Ley 6/2004 viene impulsada por la necesidad de realizar una modificación legislativa “...que tenga en cuenta, lo máximo posible, la capacidad del beneficiario, sus deseos y elecciones existenciales, asegurándole una medida de protección adecuada, menos drástica e invasiva y, en especial, ajustada a la concreta necesidad de ayuda de la persona. Conforme a ello, a partir de la ley 6/2004, una

⁹⁴ “La Ley de 2004, por la que se insertó en el ordenamiento italiano la nueva figura de la administración de apoyo, ha marcado un antes y un después, poniendo énfasis primero en la persona y luego en la enfermedad, incapacidad o sufrimiento. Se presta especial atención a la capacidad del sujeto frágil, no a su discapacidad, como se venía haciendo hasta el momento. Se pone a la persona (no ya a la enfermedad) en el centro del universo de la discapacidad, de la vejez, de la depresión y de todas las demás manifestaciones de disfuncionalidad humana. En otras palabras, el derecho a ser una persona y, por tanto, el derecho irrenunciable a su efectiva inclusión en la sociedad, tutelando sus derechos fundamentales y asegurándole una medida de protección adecuada a sus concretas exigencias y necesidades, estimulando, lo máximo posible, sus residuales energías y capacidades psicofísicas, por muy escasas que éstas sean”. VIVAS (2012) Más allá de la capacidad de entender y querer. Un análisis de la figura italiana de la Administración de Apoyo y una propuesta de reforma del sistema tuitivo español, p.34.

⁹⁵ Artículo 404 del Código Civil italiano: *“Amministrazione di sostegno: La persona che, per effetto di una infermità ovvero di una menomazione fisica o psichica, si trova nella i parziale o temporanea, di provvedere ai propri interessi, può essere assistita da un amministratore di sostegniudice tutelare del luogo in cui questa ha la residenza o il domicilio”*.

⁹⁶ Artículo 409 del Código Civil Italiano: *“Effetti dell'amministrazione di sostegno: Il beneficiario conserva la capacità di agire per tutti gli atti che non richiedono la rappresentanza esclusivnecessaria dell'amministratore di sostegno. Il beneficiario dell'amministrazione di sostegno può in ogni caso compiere gli atti necessari a soddisfare l propria vita quotidiana”*.

enfermedad habitual que no permita a la persona autogobernarse, aunque sea grave, no conduce ya, necesariamente, a la incapacitación judicial, medida que sólo debe ser adoptada para asegurar una adecuada protección a la persona⁹⁷ .

Sin perjuicio de las virtudes de la nueva figura de administración de apoyo, se observa una inconsistencia en la legislación civil italiana; por cuanto se conservan sustancialmente las instituciones de *interdizione* e *inabilitazione*, que –en base a un factor de atribución directa de incapacidad en razón de la discapacidad psíquica- posibilitan una vulneración de los derechos fundamentales de las personas con discapacidad, en franca contradicción con las disposiciones de la Convención.

2.5.3.- Argentina.

El ordenamiento jurídico argentino entiende incorporados, mediante norma constitucional⁹⁸, los tratados concluidos con las naciones extranjeras que el Congreso apruebe. El artículo 75 N°22 de la Carta Magna de aquella nación declara que los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes; enumera taxativamente las convenciones sobre derechos humanos a las que –en las condiciones de su vigencia- reconoce jerarquía constitucional; dispone los requisitos de la denuncia de estos tratados y habilita la jerarquización constitucional de otros tratados de derechos humanos, cumpliendo ciertos requisitos⁹⁹.

⁹⁷ VIVAS (2012), p.52.

⁹⁸ Es preciso señalar que, debido al modelo adoptado por el Estado Argentino (República Federal), existe más de una constitución en su interior, siendo la constitución nacional la de mayor jerarquía, estando las demás subordinadas a aquella. En este capítulo, el ámbito de análisis se ceñirá a la normativa aplicable a la totalidad del territorio nacional.

⁹⁹ Constitución de la Nación Argentina, artículo 75 N°22: “Corresponde al Congreso: ...Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen

En el caso de la CDPD, ésta se incorporó al derecho argentino a través de la Ley N°26.378 promulgada el 6 de junio de 2008, asignándosele jerarquía supralegal. Recién en 2014, mediante la Ley N°27.044 promulgada el 11 de diciembre de ese año, se le otorgó jerarquía constitucional en los términos del artículo 75 N°22 de la Constitución Nacional.

En cuanto al ordenamiento interno, la derogación del Código Civil de 1869 y su reemplazo por el actual Código Civil y Comercial de la Nación (vigente desde el mes de agosto de 2015) supone un significativo avance en la regulación de las relaciones privadas, la que se estructura ahora a partir de la perspectiva de protección de la persona humana y de sus derechos fundamentales¹⁰⁰.

En lo que respecta al régimen de capacidad, y por lo novedoso de su formulación dentro de los ordenamientos sudamericanos, se estima necesario referirse al tratamiento dado por la antigua legislación civil argentina, para luego dar cuenta de las modificaciones relevantes que se producen en la actual codificación.

a) Tratamiento de la capacidad de las personas en el Código Civil de 1869.

El Código Velezano distinguía entre aquella que se denomina *capacidad de derecho* (que implica la aptitud de ser titular de derechos y obligaciones, reconocida respecto de todas las personas, y que no admite incapacidades absolutas), y la

jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo Nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara.

Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional. [En línea] <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/804/norma.htm> [Consulta: 24 de noviembre de 2016].

¹⁰⁰ “El Código recepta el llamado proceso de constitucionalización o humanización del derecho privado, derivado del desarrollo creciente de la doctrina internacional de los derechos humanos, entre cuyos principios esenciales destaca el de no discriminación y respeto de la persona y su diversidad”. FERNANDEZ [s.f]. La capacidad de las personas en el nuevo Código Civil y Comercial. [En línea] <http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2015/04/La-capacidad-de-las-personas-en-el-nuevo-C%C3%B3digo-Civil-y-Comercial-FERNANDEZ.pdf> [Consulta: 12 de marzo de 2017].

capacidad de hecho o de obrar, entendida ésta como la aptitud para ejercer por sí los derechos de que se es titular.

Para el Código Civil, la capacidad de obrar es la regla general. En su artículo 53 y refiriéndose a las personas de existencia visible (naturales, en la nomenclatura aplicada en nuestra legislación civil) señalaba que *“les son permitidos todos los actos y todos los derechos que no fuesen expresamente prohibidos, independientemente de su calidad de ciudadano y de su capacidad política”*¹⁰¹.

Pero ésta (a diferencia de la capacidad de derecho), admitía incapacidades absolutas y relativas, declaradas en los artículos 54 y 55. El primero enumera a quienes tienen incapacidad absoluta, a saber: 1°.- Las personas por nacer; 2°.- Los menores impúberes; 3°.- Los dementes; 4°.- Los sordomudos que no saben darse a entender por escrito. La incapacidad relativa, por la cual sólo se tiene capacidad para los actos que las leyes autorizan otorgar, se pregonaba en el artículo 55 respecto de los menores adultos.

Acogiendo derechamente el modelo médico y de sustitución en la toma de decisiones¹⁰², el artículo 58 del antiguo cuerpo legal indicaba que *“Este Código protege a los incapaces, pero sólo para el efecto de suprimir los impedimentos de su incapacidad, dándoles la representación que en él se determina, y sin que se les conceda el beneficio de restitución, ni ningún otro beneficio o privilegio”*.

Según el artículo 141, “incapaz por demencia” era aquel que por causa de enfermedades mentales no tuviera aptitud para dirigir su persona o administrar sus bienes; pero para que una persona fuera considerada como tal se necesitaba que la demencia sea previamente verificada y declarada por juez competente (artículo 140).

¹⁰¹ Código Civil de la República Argentina. [En línea] https://www.oas.org/dil/esp/Codigo_Civil_de_la_Republica_Argentina.pdf [Consulta: 24 de noviembre de 2016].

¹⁰² El artículo 57 indica que es representante del demente, en tanto incapaz, el curador que se le nombre.

Además del régimen de incapacidad consagrado, fue incorporada (mediante la Ley N°17.711 de 1968, reformativa del Código Civil) la figura de la Inhabilitación, que vino a atenuar los efectos del paradigma médico y de sustitución de voluntad, pero sin abandonarlo. El artículo 152 bis, señala al efecto, que podrá inhabilitarse judicialmente, entre otros: “...A los disminuidos en sus facultades cuando sin llegar al supuesto previsto en el artículo 141 de este código, el juez estime que del ejercicio de su plena capacidad pueda resultar presumiblemente daño a su persona o patrimonio...”.

Ésta traía como consecuencia una morigeración al régimen de incapacitación absoluta, únicamente en cuanto “Los inhabilitados podrán otorgar por sí solos actos de administración, salvo los que limite la sentencia de inhabilitación teniendo en cuenta las circunstancias del caso” (artículo 152 bis, inciso final). Pero, para los actos de administración de los que se les ha privado, era menester nombrárseles un curador¹⁰³. Más aún, “sin la conformidad del curador los inhabilitados no podrán disponer de sus bienes por actos entre vivos”.

De lo dicho se desprende que la institución de la representación acogida por el Código Civil importaba una abierta contradicción e incompatibilidad con el modelo promovido por la Convención, cuyo objetivo es potenciar la autonomía de las personas con discapacidad, en un espacio respetuoso de su libertad personal y su dignidad inherente, al proveerles del apoyo que necesiten. “Por orden y buena práctica, el derecho argentino, a la luz de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, debe ser adaptado al nuevo paradigma social de apoyos¹⁰⁴”.

¹⁰³ Algunos autores sostienen que “El régimen de inhabilitación es aplicado a aquellas personas que siendo capaces para la generalidad de los actos, en virtud de deficiencias o vicios, no pueden otorgar algunos sin la conformidad del organismo de contralor que se les ha establecido, procurando, su amparo y el de su familia. En este caso nos encontramos ante un supuesto de apoyo a la capacidad de obrar, ya que la voluntad es emitida por la persona con discapacidad a quien se le brinda asistencia para la realización de sus actos protección”. LUCERO y ZUVILIVIA (2010) Hacia un Estado Constitucional de Derecho. [En línea] <http://www.articulo12.org.ar/documentos/trabajos/comision%20I-1-lucero.pdf> [Consulta: 24 de noviembre de 2016].

¹⁰⁴ BACIGALUPPO et al. (2010). Discapacidad intelectual y el artículo 12 de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, p.19.

b) Tratamiento de la capacidad de las personas en el Código Civil y Comercial de la Nación.

Como se ha adelantado, el tratamiento que el derecho argentino hace de las personas con discapacidad ha dado un giro en la última década, con la entrada en vigencia del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación; el que se propuso adecuar el derecho positivo a la CDPD y receptar el nuevo paradigma, basado en la consideración de la persona con discapacidad como sujeto de derechos y en el respeto a su dignidad inherente¹⁰⁵.

Este nuevo código conceptualiza la *capacidad de derecho* en similares términos que el anterior, y establece en su artículo 22: “*Capacidad de derecho. Toda persona humana goza de la aptitud para ser titular de derechos y deberes jurídicos. La ley puede privar o limitar esta capacidad respecto de hechos, simples actos, o actos jurídicos determinados*”.

Quizás si el aspecto que marca la diferencia más importante con la codificación que le antecede dice relación con la capacidad de hecho, de obrar o de ejercicio, puesto que se abandona la distinción entre incapaces de hecho absolutos y relativos. Así, el artículo 23 dispone: “*Capacidad de ejercicio. Toda persona humana puede ejercer por sí misma sus derechos, excepto las limitaciones expresamente previstas en este Código y en una sentencia judicial*”.

El nuevo código incorpora el principio y regla general la capacidad de ejercicio: toda persona puede ejercer por sí misma los actos jurídicos, con las solas

¹⁰⁵ FERNANDEZ [s.f.] sostiene que “por efecto del referido impacto de los derechos humanos en el contenido de este Código, ya no estamos hablando de aquella ‘capacidad-atributo’, sino que hoy día hablar de capacidad jurídica implica mencionar un concreto y auténtico derecho humano –conforme doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos-; es que cuando se pone en juego la capacidad de una persona se está disponiendo sobre derechos tan sustanciales a la condición de persona como la dignidad, autonomía y libertad; de allí que la reglamentación que haga un código civil sobre esta materia significa pautar –y eventualmente restringir- un derecho humano reconocido.

De esta mirada atenta que se exige a la hora de evaluar las posibles restricciones a la capacidad y del carácter excepcional que ellas van a reconocer, deriva a su vez la imposibilidad de extender estas limitaciones a otros supuestos que no sean los que han sido reconocidos legalmente. Si estas restricciones se admiten sólo es en razón de la protección de la persona, pero no en un sentido tutelar sino promotor y respetuoso de sus derechos humanos”.

excepciones establecidas en la ley. Así, el artículo 24 dispone que: *“Son incapaces de ejercicio: a) la persona por nacer; b) la persona que no cuenta con la edad y grado de madurez suficiente, con el alcance dispuesto en la Sección 2ª de este Capítulo; c) la persona declarada incapaz por sentencia judicial, en la extensión dispuesta en esa decisión”*.

En armonía con la CDPD, y reforzando así el principio de la capacidad de ejercicio como regla general, se abandona el antiguo sistema de sustitución de voluntad de la persona con discapacidad a través de la designación de curador, y en su lugar se plantea un régimen de restricciones de capacidad (consagrado en los artículos 31 y siguientes) donde se establece la presunción de capacidad de toda persona, aun en supuestos de internación; se consagra el carácter excepcional de las limitaciones; se incorpora el requisito de interdisciplinariedad en los actos de intervención estatal; y se asegura el derecho de la persona con discapacidad al acceso a información.

Estas restricciones de capacidad sólo pueden operar respecto de las personas señaladas en la ley, y en virtud de sentencia fundada; pero en caso alguno para reemplazar su voluntad por la de un tercero, sino para proveerle los apoyos que fueren menester. El artículo 32, en su parte pertinente, expresa que *“El juez puede restringir la capacidad para determinados actos de una persona mayor de trece años que padece una adicción o una alteración mental permanente o prolongada, de suficiente gravedad, siempre que estime que del ejercicio de su plena capacidad puede resultar un daño a su persona o a sus bienes. En relación con dichos actos, el juez debe designar el o los apoyos necesarios que prevé el artículo 43, especificando las funciones con los ajustes razonables en función de las necesidades y circunstancias de la persona”*.

Se consagra, en consonancia con la Convención, el establecimiento del sistema de apoyos al ejercicio de la capacidad, entendiendo éstos como *“cualquier medida de carácter judicial o extrajudicial que facilite a la persona que lo necesite la toma de decisiones para dirigir su persona, administrar sus bienes y celebrar actos jurídicos en general”* (artículo 43).

Dado el carácter excepcional de las limitaciones, no puede nunca aplicarse un régimen de restricciones total, o excesivamente gravoso. En tal sentido, el artículo 38 sostiene que *“La sentencia debe determinar la extensión y alcance de la restricción y especificar las funciones y actos que se limitan, procurando que la afectación de la autonomía personal sea la menor posible. Asimismo, debe designar una o más personas de apoyo o curadores de acuerdo a lo establecido en el artículo 32 de este Código y señalar las condiciones de validez de los actos específicos sujetos a la restricción con indicación de la o las personas intervinientes y la modalidad de su actuación”*.

Asimismo, el artículo 41 consagra el derecho de revisión de la sentencia en que se restringe la capacidad de ejercicio, en términos tales que *“La revisión de la sentencia declarativa puede tener lugar en cualquier momento, a instancias del interesado. En el supuesto previsto en el artículo 32, la sentencia debe ser revisada por el juez en un plazo no superior a tres años, sobre la base de nuevos dictámenes interdisciplinarios y mediando la audiencia personal con el interesado”*.

Ahora bien, no obstante los innegables avances que el Código Civil y Comercial incorpora en la materia, persiste en el ordenamiento jurídico argentino una brecha que lo separa de los postulados y modelo de capacidad asumido por la Convención; toda vez que –muy excepcionalmente y para un supuesto muy restrictivo¹⁰⁶- se

¹⁰⁶ “Para la evaluación de las condiciones suficientes que permiten habilitar la excepcionalidad de la incapacitación se ha establecido un estándar subjetivo muy estricto, por el cual habrá de comprobarse que la persona se encuentre absolutamente imposibilitada de interactuar con su entorno y expresar su voluntad por cualquier modo, medio o formato adecuado, que además sólo procede subsidiariamente, cuando el sistema de apoyos resulta ineficaz.

Es decir que para la procedencia de la incapacitación deben cumplirse y acreditarse las dos condiciones señaladas en la norma, esto es: la absoluta imposibilidad de la persona de interactuar y expresar su voluntad y, además, la ineficacia de los apoyos. Para ello, será necesario que el juez o jueza evalúe y determine que los apoyos no resultan eficaces para garantizar el ejercicio de los derechos por parte de la persona y esa circunstancia sólo es posible si efectivamente se verifica el fracaso de una medida menos restrictiva aplicada con anterioridad a la privación de la capacidad jurídica. De lo contrario, la excepcionalidad no se verá garantizada”. AMENDOLARO et. al. [s.f]. Salud mental y Código Civil argentino en el siglo XXI: Cambio cultural, interdisciplina, capacidad jurídica, internación. De cómo las prácticas modifican las visiones y las visiones las prácticas. [En línea]

<http://www.mpd.gov.ar/pdf/SALUD%20MENTAL%20Y%20CODIGO%20CIVIL%20ARGENTINO%20EN%20EL%20SIGLO%20XXI%20-%20AMENDOLARO%20-%20LAUFER%20CABRERA%20-%20SPINELLI.pdf> [Consulta: 12 de marzo de 2017].

conserva la figura de incapacidad absoluta y designación de curador entregada a la discrecionalidad judicial. En efecto, dispone el inciso final del artículo 32 que: *“Por excepción, cuando la persona se encuentre absolutamente imposibilitada de interaccionar con su entorno y expresar su voluntad por cualquier modo, medio o formato adecuado y el sistema de apoyos resulte ineficaz, el juez puede declarar la incapacidad y designar un curador”*.

2.5.4.- Perú.

La Constitución Política del Perú recoge como principios centrales el respeto de la dignidad de la persona humana y la igualdad ante la ley. Su artículo 1° reconoce que *“La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”*. Por su parte, el artículo 2°, Nos. 1 y 2, sostienen que toda persona tiene derecho: *“1. A la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar. El concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece”* y *“2. A la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole”*.

Reconoce a las personas con discapacidad, con un claro enfoque paternalista y asistencialista, como sujetos merecedores de especial protección. Dispone el artículo 7°: *“Todos tienen derecho a la protección de su salud, la del medio familiar y la de la comunidad así como el deber de contribuir a su promoción y defensa. La persona incapacitada para velar por sí misma a causa de una deficiencia física o mental tiene derecho al respeto de su dignidad y a un régimen legal de protección, atención, readaptación y seguridad”¹⁰⁷*.

¹⁰⁷ También, el artículo 16 de la Constitución Política del Perú señala que: *“Es deber del Estado asegurar que nadie se vea impedido de recibir educación adecuada por razón de su situación económica o de limitaciones mentales o físicas”*. Y, el artículo 23 del mismo cuerpo legal sostiene que *“El trabajo, en sus diversas*

De conformidad a lo dispuesto en el artículo 55 de la Carta Magna, los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional. En tal sentido, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo se incorporaron al ordenamiento jurídico interno, con rango constitucional, el año 2008.

No obstante la adopción de la Convención y del modelo que propugna, subsisten en el ordenamiento jurídico peruano prevenciones acerca del reconocimiento de la capacidad jurídica, las que se encuentran en el Código Civil; ordenamiento que – partiendo de una presunción general de capacidad¹⁰⁸- hace la distinción entre discapacidad absoluta y discapacidad relativa.

Son absolutamente incapaces (artículo 43): 1) los menores de dieciséis años, salvo para aquellos actos determinados por la ley; 2) *los que por cualquier causa se encuentren privados de discernimiento* y; 3) los sordomudos, los ciegosordos y los ciegomudos que no pueden expresar su voluntad de manera indubitable.

Son relativamente incapaces (artículo 44): 1) Los mayores de dieciséis y menores de dieciocho años de edad. 2) *Los retardados mentales*. 3) *Los que adolecen de deterioro mental que les impide expresar su libre voluntad*. 4) Los pródigos. 5) Los que incurrir en mala gestión. 6) Los ebrios habituales. 7) Los toxicómanos. 8) Los que sufren pena que lleva anexa la interdicción civil.

Salvo los mencionados en el N°1 de cada artículo recién transcrito, las personas señaladas en los demás numerales están sujetas a curatela. No pueden ejercer sus

modalidades, es objeto de atención prioritaria del Estado, el cual protege especialmente a la madre, al menor de edad y al impedido que trabajan”.

¹⁰⁸ De acuerdo al artículo 42 del Código Civil peruano, “Tienen plena capacidad de ejercicio de sus derechos civiles las personas que hayan cumplido dieciocho años de edad, salvo lo dispuesto en los artículos 43 y 44”

derechos de manera directa, sino que se les somete al régimen sustitutivo de voluntad, al imponérseles un representante legal.

El curador “se nombra mediante un proceso judicial de interdicción. Se trata de un proceso sumarísimo que se interpone contra la persona con discapacidad. El curador se determina de acuerdo al orden de prelación señalado en el artículo 569 del Código Civil. Este proceso no permite la participación activa de la persona con discapacidad, ni para establecer los alcances o límites de la curatela, ni para designar al curador¹⁰⁹”. El juez, en la sentencia que declara la interdicción del incapaz y de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 581, fija la extensión y los límites de la curatela, atendiendo al grado de incapacidad de aquel.

La persona con discapacidad no tiene forma alguna de reclamar o recurrir respecto del decreto de interdicción. Si bien es cierto, existe en el ordenamiento jurídico peruano la posibilidad de obtener una declaración de rehabilitación (esto es, una declaración judicial que levanta la interdicción, conforme indica el artículo 610), es menester señalar que “los jueces sólo podrían levantar la interdicción si se comprueba que el motivo que propició la incapacidad ha desaparecido, lo que no sucederá pues la evaluación es exclusivamente médica. Además, preocupa que no exista una revisión periódica de las sentencias que declaran la interdicción, lo que viola la capacidad jurídica de las personas con discapacidad y podría dar lugar a abusos por parte de quienes ejercen la curatela¹¹⁰”.

Cabe destacar, finalmente, que el Estado peruano ha dado pasos decididos, en los últimos años, para avanzar en el camino que fija la Convención, a fin de garantizar el derecho a la capacidad jurídica de todas las personas con discapacidad y la implementación de un sistema de apoyos y salvaguardias.

En el ámbito normativo, la consolidación del cambio de paradigma comienza con la Ley General de las Personas con Discapacidad (Ley N°29.973), que adopta en

¹⁰⁹ BOREA (2015), p.173.

¹¹⁰ VILLARREAL (2014). El reconocimiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad mental e intelectual y su incompatibilidad con los efectos jurídicos de la interdicción y la curatela: Lineamientos para la reforma del Código Civil y para la implementación de un sistema de apoyos en el Perú. p.95.

general el modelo social y estándares de la CDPD. Esta ley reconoce, en su artículo 9.1, que “*La persona con discapacidad tiene capacidad jurídica en todos los aspectos de la vida, en igualdad de condiciones que las demás. El Código Civil regula los sistemas de apoyo y los ajustes razonables que requieran para la toma de decisiones*”.

Y, en pos de lograr la tan necesaria modificación a las normas sobre discapacidad establecidas en el Código Civil, la Ley N°29973, en su segunda disposición complementaria final, dispone la creación de una Comisión Revisora del Código Civil, la que tiene por objeto revisar el mencionado Código en lo referido al ejercicio de la capacidad jurídica de la persona con discapacidad y formular, dentro del plazo que la misma ley indica, un anteproyecto de ley de reforma del Código Civil que se ajuste a lo establecido en ella y en la Convención. El trabajo de la Comisión Revisora¹¹¹ aún no ha dado resultados concretos, puesto que “requiere mayor difusión y está pendiente la publicación de su reglamento, así como la reforma del Código Civil en materia de capacidad jurídica. Esta demora demuestra la falta de voluntad política para abordar este tema en el marco de una legislación civil que presume la incapacidad de las personas con discapacidad mental e intelectual, conforme a los artículos 43 y 44 del Código Civil¹¹²”.

En síntesis, puede sostenerse que en el Perú coexisten dos sistemas contradictorios: Por un lado, el que establece el Código Civil, según el cual las personas con discapacidad intelectual (en el lenguaje del texto legal, *privados de discernimiento, retardados mentales*, que adolecen de *deterioro mental* que les impide expresar libremente su voluntad) son incapaces y solo pueden actuar a través de sus representantes legales. Por otro, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, que reconoce la capacidad jurídica plena de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida.

¹¹¹ Para mayor información, véase <http://www4.congreso.gob.pe/comisiones/cedis/index.html>

¹¹² VILLARREAL (2014), p.17.

CAPITULO TERCERO.

DESDE EL MODELO DE “SUSTITUCIÓN DE VOLUNTAD” HACIA EL DE “APOYO EN LA TOMA DE DECISIONES”.

En el presente capítulo se intentará desarrollar dos de los objetivos propuestos al comienzo de este trabajo:

En primer lugar, y sin perjuicio de lo expuesto en el capítulo primero, se perseguirá establecer el impacto que la recepción de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad ha producido en la legislación nacional en materia de capacidad, teniendo en cuenta que, en tanto Estado Parte, hemos asumido la obligación de adoptar todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean pertinentes para hacer efectivos los derechos reconocidos en la Convención, así como también la de tomar todas las medidas pertinentes, incluidas medidas legislativas, para modificar o derogar leyes, reglamentos, costumbres y prácticas existentes que constituyan discriminación contra las personas con discapacidad (artículo 4° letras *a* y *b* de la CDPD).

Por ello, se analizará si actualmente (a casi un decenio de la entrada en vigor del tratado en Chile) la legislación nacional guarda alguna coherencia con los preceptos de la Convención.

Luego, se ofrecerán propuestas simples, lineamientos para la modificación y adecuación del sistema normativo nacional en materia de capacidad jurídica, para hacerlo consistente con el artículo 12 de la CDPD.

3.1.- El impacto de la Convención en el ordenamiento jurídico nacional.

Sobre la base del reconocimiento de que el marco de derechos humanos existentes había fracasado en su empeño de proteger los derechos del colectivo en estudio, se advierte que la asunción de la CDPD supone adoptar un camino profundamente transformador en lo que al tratamiento de las personas con discapacidad se refiere, a fin de materializar su inclusión efectiva en sociedad, reconociéndoles siempre su dignidad, libertad, autonomía e independencia para tomar las riendas de sus vidas. A tal objeto, este instrumento internacional consagra diversos derechos¹¹³, relacionados con las múltiples y variadas formas de discriminación que sufren estas personas (igualdad y no discriminación; adopción de medidas en favor de las mujeres, niños y niñas con discapacidad; accesibilidad; seguridad y protección de las personas con discapacidad ante situaciones de riesgo y emergencias humanitarias; acceso a la justicia; libertad y seguridad; proscripción de la tortura o tratos crueles, inhumanos o degradantes; protección contra la

¹¹³ Respecto a la cuestión de si la Convención simplemente adapta los derechos ya existentes a las especificidades de la discapacidad, o realmente está creando derechos que son específicos de las personas con discapacidad, BIEL sostiene: “Un lugar común en gran parte de la doctrina, y también en el seno de Naciones Unidas, es que con la Convención no se crean nuevos derechos. Sin embargo, dicha afirmación debe ser, cuanto menos, matizada... A diferencia de otros tratados de derechos humanos, la CDPD regula con gran detalle el modo en el que los derechos incluidos deben ser desarrollados.

En determinados casos, la Convención extiende el contenido de derechos ya existentes. En primer lugar, añade obligaciones positivas a los Estados al regular derechos tradicionalmente negativos. Por ejemplo, la Convención no se limita a reconocer en su artículo 21 el derecho a la libertad de expresión y opinión, sino que exige a los Estados que adopten todas las medidas necesarias para que las personas con discapacidad puedan ejercer esos derechos, facilitando la información dirigida al público en general en formato accesible. En segundo lugar, regula de forma separada y autónoma derechos que, sin ser nuevos, tienen una especial significación en el ámbito de la discapacidad. Es el caso del artículo 16, que reconoce el derecho a la protección contra la explotación, la violencia y el abuso, y que parece una especificación del derecho a la libertad y a la seguridad personales y a no ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes, reconocidos en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Además, pueden encontrarse en la Convención conceptos nunca antes reconocidos en otros tratados internacionales de derechos humanos. Es el caso del derecho a la accesibilidad regulado en el artículo 9º, o del principio de autonomía individual incluido en el artículo 3º.

En líneas generales, no podemos afirmar de forma tajante que la CDPD crea nuevos derechos, porque dudosamente lo hace. Pero mantener que simplemente adapta los derechos ya existentes a las personas con discapacidad es igualmente inexacto. Al adaptarlos a las particularidades de la discapacidad, la Convención modifica y reformula los conceptos sobre los que se asientan las regulaciones tradicionales de los derechos humanos”. BIEL (2009). Los Derechos de las Personas con Discapacidad en el marco jurídico internacional universal y europeo, pp. 127-130.

violencia, explotación y abuso; libertad de expresión, de opinión y acceso a la información; respeto del hogar y la familia; educación, salud, rehabilitación; empleo; protección social; participación en la vida política y pública; entre otros).

Pero, sin lugar a dudas, el núcleo de la Convención (que supuso el aspecto más debatido durante su negociación, poniendo a prueba los más básicos prejuicios, y que se erige como el logro más importante de la misma) lo constituye su artículo 12, que establece un cambio trascendental en la forma de abordar las cuestiones relativas a la capacidad jurídica, asumiendo un modelo de discapacidad basado en Derechos Humanos, que implica pasar del paradigma de la sustitución en la toma de decisiones al modelo de apoyo o asistencia para tomarlas, mediante el reconocimiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida.

Con esa sencilla declaración, se ha venido a cuestionar el fundamento tradicional¹¹⁴ por el cual la mayoría de los sistemas jurídicos en el mundo –y Chile no es excepción- han limitado en forma ya intolerable la capacidad jurídica, y con ello han sentado la incapacitación y una verdadera *muerte civil* de las personas con discapacidad intelectual; cuestión que debe ser revisada bajo el prisma de los principios y fundamentos de la Convención.

Ahora, sin perjuicio que la aplicación de la CDPD supone varios desafíos políticos, técnicos, prácticos, económicos y filosóficos¹¹⁵ imposibles de soslayar (además de

¹¹⁴ “El cambio de paradigma que supone el artículo 12 de la Convención afecta la regulación de materias de gran tradición jurídica y ciertamente consolidadas en algunos sectores del ordenamiento jurídico –como sucede paradigmáticamente con la cuestión de la incapacitación- que se muestran resistentes a los cambios. Y se proyecta en normas que se presentan y contemplan como orientadas a la protección de las personas con discapacidad, por lo que su reforma es vista con desconfianza desde algunos sectores del movimiento de personas con discapacidad y por algunos actores relevantes en el funcionamiento del actual sistema de incapacitación que, si bien se muestran críticos con el sistema actual al menos con algunos aspectos de su funcionamiento en la práctica, temen que un nuevo modelo que reemplace completamente al anterior pueda conllevar el desamparo de las personas con discapacidad”. INSTITUTO DE DERECHOS HUMANOS BARTOLOME DE LAS CASAS. 2012. Capacidad jurídica y discapacidad propuestas para la adaptación normativa del ordenamiento jurídico español al art. 12 de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. p.47.

¹¹⁵ Al respecto véase MINKOWITZ [s.f.] El artículo 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad: Consideraciones para su implementación. [En línea] https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2039459 [Consulta: 24 de noviembre de 2016].

las inevitables transformaciones normativas), urge que el Estado Chileno asegure – con acciones concretas- el pronto cumplimiento de sus compromisos adquiridos, en particular las obligaciones generales del artículo 4° y el reconocimiento de plena capacidad que estatuye el artículo 12°, demostrando a la comunidad internacional su intención seria de obligarse. Al respecto, la Fundación “Grupo Down 21 Chile” ha sostenido: “Creemos y afirmamos que la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo, debe ahora sin demora, manifestarse en acciones y políticas de los Estados orientados hacia la implementación de las disposiciones del tratado. Ese es el gran desafío, tomando en cuenta la enorme distancia que se ha dado en la región entre normas que protegen los derechos humanos y la práctica efectiva. La conclusión general es que la Convención vive un proceso de implementación, con distintas realidades variando de país en país, unos con evidente retraso y otros con progresos inesperados. En cuanto a las causas del retardo de ciertos Estados latinoamericanos en la plena aplicación de la Convención podemos encontrarnos con un defecto arraigado en la cultura política latinoamericana: Las normas (especialmente las que reconocen Derechos Humanos) se aprueban para no cumplirse o para cumplirse a medias o simbólicamente. Esto porque muchas legisladoras y legisladores que dieron su voto para ratificar este tratado, lo dieron sin darse cuenta de la importancia y repercusiones futuras de su decisión”¹¹⁶.

No existe ninguna justificación para que en nuestro país se siga perpetuando la incapacitación absoluta de las personas con discapacidad intelectual, a través de normas obsoletas, que no guardan concordancia alguna con la consideración de la discapacidad como un asunto de derechos humanos.

En efecto, y no obstante la postura inicial del Estado Chileno (al parecer no muy consciente del contenido y alcance de las reformas legales que se necesitan para

¹¹⁶ SERVICIO NACIONAL DE LA DISCAPACIDAD, FUNDACION DOWN-21 CHILE. Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad: Dignidad, Derechos Humanos, Justicia [En línea] http://www.down21-chile.cl/cont/cont/2016/249_2_convencion_normal_2016_baja.pdf [Consulta: 24 de noviembre de 2016].

llevar a cabo un sistema de apoyos auténtico¹¹⁷), se sigue observando que nuestro Código Civil no reconoce la capacidad jurídica de las personas con discapacidad mental, en la medida que las define como “absolutamente incapaces” (artículos 1446 y 1447). Para suplir el actuar de estos *incapaces* en el mundo jurídico, se contempla la necesidad de la interdicción del demente mayor de edad (artículo 457) –lo que implica asumir el sistema de sustitución de voluntad- y la existencia de tutelas y curatelas, “cargos impuestos a ciertas personas a favor de aquellos que no pueden dirigirse a sí mismos o administrar competentemente sus negocios, y que no se hallan bajo potestad de padre o madre, que pueda darles la protección debida” (artículo 338). El curador representa al pupilo en todos los actos judiciales o extrajudiciales que le conciernan, o puedan menoscabar sus derechos e imponerle obligaciones (artículo 390). Todo esto, en evidente contradicción con los valores y principios de la Convención.

3.1.1.- El procedimiento de declaración de interdicción por demencia de la Ley N°18.600, en el marco del sistema de Derechos Humanos.

En el mes de marzo de 2013 se dio a conocer a la opinión pública el “Informe de Evaluación de la Ley N°18.600¹¹⁸” (*ex post*), realizado por el Departamento de Evaluación de la Ley de la Cámara de Diputados de Chile sobre la base de

¹¹⁷ En el Informe inicial que el Estado de Chile remitió al Comité el año 2012, se llegó a sostener –a nuestro entender, pretenciosamente- que: “La evolución del tratamiento de la discapacidad hacia un modelo social se produjo con antelación a la adopción y entrada en vigor de la Convención. Nuestro país ya contaba con una importante gama de instrumentos legales, políticos e institucionales destinados a hacer efectiva la plena integración social de las personas con discapacidad y velar por el pleno ejercicio de los derechos que la Constitución Política de la República y las leyes reconocen a todas las personas. A partir del año 1990 se observa en Chile una marcada acción pública en beneficio de la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad, conforme a la evolución experimentada por el derecho internacional, lo que implicó el abandono y cambio progresivo de las tradicionales políticas asistenciales a favor de este grupo de la población, hacia un enfoque de derechos”.

ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS. Estado de la presentación de informes para Chile. [En línea] http://tbinternet.ohchr.org/_Layouts/TreatyBodyExternal/countries.aspx?CountryCode=CHL&Lang=SP [Consulta: 24 de noviembre de 2016].

¹¹⁸ Evaluación de la Ley N°18.600 (2013) [En línea] http://www.evaluaciondelaley.cl/foro_ciudadano/site/artic/20130104/asocfile/20130104101853/informe_final_ley_1_8600.pdf [Consulta: 24 de noviembre de 2016].

entrevistas a organizaciones sociales y grupos interesados, y la consulta de literatura específica. Este tuvo como objeto principal el análisis de la concordancia de la ley mencionada y sus normas asociadas con la CDPD y el Protocolo Facultativo.

En cuanto a los antecedentes de la Ley, el informe precisa que la misma estipula como objetivo general, integrar en un mismo cuerpo legal todas las normas necesarias para el debido amparo de los *deficientes mentales* durante su vida y, como objetivo específico, cubrir las principales situaciones en que las personas con discapacidad mental pudieren encontrarse, desde su nacimiento hasta su desarrollo como adulto.

Respecto a los organismos involucrados en la aplicación de la ley, reconoce como actores principales: 1) a las Comisiones de Medicina Preventiva e Invalidez (COMPIN), encargadas de evaluar, calificar y certificar la discapacidad mental; 2) al Servicio de Registro Civil e Identificación, en tanto encargado de la administración del Registro Nacional de la Discapacidad; 3) al Poder Judicial, el que a través de sus jueces y mediante un procedimiento voluntario¹¹⁹, declara la interdicción definitiva por demencia de una persona, y nombra a su curador definitivo (padre y/o madre que lo tuvieren a su cuidado, o en su ausencia, parientes más cercanos), previa inscripción de la persona en el Registro Nacional de la Discapacidad, con conocimiento y audiencia de dicha persona¹²⁰ y; 4) a las personas naturales o jurídicas inscritas en el Registro Nacional de la Discapacidad, quienes son curadores provisorios de las

¹¹⁹ VEASE AL RESPECTO NOTA N°43.

¹²⁰ Al respecto, el Departamento de Estudios de la Corporación de Asistencia Judicial sostiene que “La Ley N°18.600 modificada por la Ley N°19.954, establece un procedimiento especial para la tramitación de las interdicciones en el caso de las personas con discapacidad mental. Dicho procedimiento, tiene el carácter de voluntario y se caracteriza por el hecho de que los padres, o en caso de ausencia de éstos los parientes más cercanos, de una persona con discapacidad mental, mayor de edad, certificada por una Comisión de Medicina Preventiva e Invalidez e inscrita en el Registro Nacional de la Discapacidad, podrán solicitar al juez que decrete la interdicción de éste, nombrando a uno de ellos curador de sus bienes, simplificando de esta forma el procedimiento... El objetivo de esta modificación fue el hecho de proteger a las personas con discapacidad mental frente a la sobreexposición que significaba someterlos a un proceso de *lato conocimiento* y, fundamentalmente, transparentar el sistema judicial, toda vez que se evita incurrir en ficciones jurídicas que no responden a las necesidades y realidades actuales de los intervinientes”. CORPORACION DE ASISTENCIA JUDICIAL (2012) Boletín N°7, p.10.

personas con discapacidad mental que tienen a su cargo, por el sólo ministerio de la ley, y mientras permanezcan bajo su dependencia y cuidado.

El informe da cuenta, atendido que la Ley N°18.600 rige desde casi 20 años antes de la suscripción de la CDPD, de que fue preciso generar una serie de parámetros¹²¹ de comparación (24 en total¹²²) para establecer la concordancia entre ambas normas, y en base a tales criterios, efectúa un análisis de brecha.

La enunciación de los análisis de brecha es problemática, puesto que en ninguno de los parámetros se observa correspondencia entre la Ley N°18.600 y los principios y postulados de la Convención.

Así, entre otras consideraciones, se establece:

a) Que la Ley no recoge los principios orientadores de la Convención y no incorpora mecanismos para dar cumplimiento a los principios que ésta última consagra. Los principios rectores de la ley se traducen en medidas de tipo asistencialista, dirigidas sólo a personas de escasos recursos, por lo que la respuesta jurídica aparece focalizada en la intervención médica de la persona con discapacidad, en lugar de su integración social;

b) Que la Ley no considera como uno de sus objetivos el enfoque de derechos humanos que promueve la Convención, por lo que no existen en ella acciones para el ejercicio efectivo de los derechos de las personas con discapacidad;

¹²¹ Evaluación de la Ley N°18.600 (2013), p.10.

¹²² Los criterios de comparación son: a) principios orientadores; b) objetivo de la normativa; c) sujeto protegido; d) concepto de discapacidad; e) obligaciones generales del estado; f) obligación generales de la sociedad; g) integración o inclusión social; h) grupos prioritarios; i) protección del derecho a la educación; j) protección del derecho a la salud; k) protección del derecho al trabajo; l) acceso a la justicia; m) capacidad jurídica; n) sistema de registro de las personas con discapacidad; o) consistencia con otras leyes internas; p) participación social en la elaboración de la ley; q) enfoque de género; r) mecanismos de toma de conciencia de la ciudadanía; s) medidas destinadas a alcanzar los objetivos prescritos en la ley; t) mecanismos de fiscalización; u) criterios para la asignación de beneficios; v) lenguaje jurídico; w) incorporación del concepto de ajustes razonables y; x) políticas públicas.

c) Que la Ley responde al antiguo paradigma, y concibe la discapacidad como un problema que presenta un grupo social, el que es percibido como objeto de protección y asistencialismo;

d) Que, en cuanto al concepto de discapacidad al que adhiere la Ley, éste invisibiliza las barreras del entorno social que interactúan con el sujeto;

e) Que la Ley no adhiere al concepto de inclusión social promovido por la Convención, sino que propende a la integración social, la que es de cargo de la persona con discapacidad. En este punto, la actuación de Estado se reduce a acciones educativas, de salud y trabajo;

f) Que la Ley usa un lenguaje que no se conforma a la Convención, puesto que omite la consideración de la persona con discapacidad mental como sujeto de derecho; y

g) Que la Ley no sólo no reconoce la capacidad jurídica de las personas con discapacidad mental, sino que consagra dos formas de privarlas de ella: la declaración judicial de interdicción por demencia por el sólo mérito de la certificación de discapacidad y su inscripción en el Registro Nacional de Discapacidad, y la designación como curador provisorio de bienes de quienes que tengan a su cargo, en forma permanente, a personas con discapacidad mental, por el sólo ministerio de la ley y bajo el cumplimiento de mínimos requisitos.

El informe concluye, indicando que tanto las normas del Código Civil como las contenidas en la Ley N°18.600, en sus dos formas de nombramiento de curadores para las personas con discapacidad mental, se inscriben dentro del modelo de “sustitución en la toma de decisiones”, y sus esquemas regulatorios están lejos de los estándares establecidos por la Convención.

Finalmente, cabe señalar que el aporte que los Tribunales de Justicia han hecho a la discusión jurídica en materia de capacidad ha sido escaso. Día tras día, después de una pequeña entrevista y constatada que sea la inscripción en el Registro Nacional de la Discapacidad, se decreta la interdicción, por causa de demencia, de las personas con discapacidad psíquica o mental y, por ende, su incapacitación absoluta, para ponerlas al cuidado de un curador, tanto en lo que respecta a su persona como a sus bienes.

A la época sólo disponemos de información acerca de un único caso en que un Juez de la República ha cuestionado abiertamente el sistema de interdicción e incapacitación: En el mes de agosto de 2014, la señora Juez Subrogante del Tercer Juzgado de Letras de Iquique, solicitó en el marco de una petición de declaración de interdicción por demencia y nombramiento de curador (autos rol V-185-2014 del mencionado tribunal) la declaración de Inaplicabilidad por Inconstitucionalidad del artículo 456 del Código Civil, y artículo 4° de la Ley N°18.600, por estimar que con ellos podría conculcarse los artículos 5° y 19 N°2 de la Constitución, y el artículo 12 de la CDPD. A criterio de la sentenciadora, los preceptos de la Convención hacen inaplicables las normas sobre interdicción por demencia, en cuanto “nuestro actual sistema de interdicciones es compatible con el modelo médico pero incompatible con el modelo en que se sustenta la CDPD¹²³”.

El Tribunal Constitucional¹²⁴ (haciendo la prevención que lo que se discute en un requerimiento de inaplicabilidad no es el ajuste o contradicción entre dos normas de diverso rango, cotejadas en abstracto, sino el análisis y decisión de los efectos que, en un caso específico, produce la aplicación de un precepto legal) argumenta que la sola declaración de interdicción por demencia no genera discriminación arbitraria entre personas incapaces y aquellas que gozan de plena capacidad.

¹²³ Considerando noveno de la resolución de fecha 19 de agosto de 2014, autos rol V-185-2014 del 3° Juzgado de Letras de Iquique. [En línea] <http://civil.poderjudicial.cl/CIVILPORWEB/> [Consulta: 24 de noviembre de 2016].

¹²⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional de Chile, de fecha 26 de enero de 2016, sobre Requerimiento de Inaplicabilidad, Rol N°2703-14. [En línea] <http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/ver.php?id=3229> [Consulta: 24 de noviembre de 2016].

Sostiene además, que en el caso de autos se adoptaron los resguardos que permiten acreditar la incapacidad del pretendido interdicto, garantizando con ello la igualdad de condiciones para el acceso de las personas con discapacidad a los derechos y servicios que la Ley N°20.422 contempla. Y (asumiendo un claro enfoque asistencialista) estima que en las acciones de prevención y rehabilitación que otorga el Estado en apoyo de los incapaces, se considera especialmente a las familias. “En el caso de una familia de escasos recursos, ese apoyo –más allá de la asistencialidad que pueda atribuírsele- puede resultar vital¹²⁵”.

Por tales consideraciones, y estimando que la aplicación de los artículos 456 del Código Civil y 4° de la Ley N°18.600 en la causa seguida ante el Tribunal de primera instancia no produce resultados contrarios a la Constitución y porque una eventual adecuación de la legislación nacional a los parámetros derivados de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, vigente en Chile, debe ser efectuada por los órganos colegisladores, se rechazó la declaración de inaplicabilidad solicitada.

3.1.2.- Un intento de recepción de los principios de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad al derecho nacional vigente: La Ley N°20.422, sobre igualdad de oportunidades e inclusión social de las personas con discapacidad.

Con la ratificación de la CDPD el año 2008, y en lo que parece ser la intención de ir abandonando la mirada médica, sustituyéndola por el nuevo paradigma de la discapacidad¹²⁶, se produce un cambio en el tratamiento legislativo, que se plasma con la promulgación de la Ley N°20.422 de 2010, que establece normas sobre Igualdad de Oportunidades e Inclusión Social de Personas con Discapacidad, y que recoge de la primera una serie de principios rectores a considerar por el Estado en la formulación de leyes y políticas públicas en favor de las personas con discapacidad.

¹²⁵ Consideración vigésimo sexta de la Sentencia del Tribunal Constitucional de Chile, de fecha 26 de enero de 2016, sobre Requerimiento de Inaplicabilidad, Rol N°2703-14.

¹²⁶ BENAVIDES (2013), p.376.

En consonancia con los principios de la Convención, se asegura a las personas con discapacidad no sólo su integración social, sino que también su inclusión social, mediante la eliminación de cualquier forma de discriminación, donde el Estado tiene un deber de garante, acentuando así el respeto a la dignidad inherente de las personas con discapacidad, aceptando su propia diversidad.

Además, redefine el concepto de persona con discapacidad¹²⁷, al poner el acento en la interacción de las personas con discapacidad, temporal o permanente, con las barreras presentes en el entorno que puedan impedir su participación plena y efectiva, en igualdad de condiciones con otras personas. Con ello, supera la definición médica de discapacidad, asociada la deficiencia física, mental, sensorial, de carácter permanente¹²⁸ e incorpora a nuestro ordenamiento jurídico, en parte, el modelo social de la discapacidad.

No obstante lo dicho anteriormente, la Ley N°20.422 no hace alusión ni reconocimiento alguno a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad mental. Con ello, se perpetúan las contradicciones e incongruencias que subsisten dentro de nuestro ordenamiento jurídico en esta materia.

3.1.3.- Informe de situación de Chile: Las observaciones y recomendaciones del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

Los días 31 de marzo y 1 de abril de 2016, una delegación del Estado de Chile, liderada por la Subsecretaria de Evaluación Social del Ministerio de Desarrollo Social, rindió examen para ante el Comité, en lo relativo a la aplicación de la

¹²⁷ Artículo 5°, Ley N°20.422: “Persona con discapacidad es aquella que teniendo una o más deficiencias físicas, mentales, sea por causa psíquica o intelectual, o sensoriales, de carácter temporal o permanente, al interactuar con diversas barreras presentes en el entorno, ve impedida o restringida su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”.

¹²⁸ CÁMARA DE DIPUTADOS DE CHILE (2012). Evaluación de la Ley N°20.422, p.24.

Convención¹²⁹, sobre la base del “Informe de aplicación inicial” enviado el año 2012; de la “Lista de cuestiones previas” remitidas al Estado en 2015; y de las “Respuestas al listado de cuestiones previas” dirigidas al órgano internacional en diciembre de 2015¹³⁰.

El resultado de ese examen, en términos generales, no es nada alentador. No se observan, de hecho, mayores avances en la legislación, u otras medidas concretas para garantizar el pleno ejercicio de los derechos reconocidos en la CDPD.

De los setenta y tres párrafos de que se compone el documento “Observaciones finales sobre el informe inicial de Chile” (distribuido a la comunidad internacional el 13 de abril de 2016), sólo uno destaca aspectos positivos: “El Comité encomia al Estado parte por el cambio institucional en la creación del Servicio Nacional de la Discapacidad en 2010, la aprobación de la inclusión de discapacidad en la Ley N°20.609 de 2012, que Establece Medidas contra la Discriminación, y por la creación en 2009 del Instituto Nacional de Derechos Humanos, instancia autónoma cuyo mandato es el de la promoción y protección de los derechos humanos de la población chilena”¹³¹.

En su labor, el Comité establece un amplio abanico de áreas de preocupación, seguidas de ciertas recomendaciones. A los objetivos de este trabajo, nos interesa mencionar únicamente los siguientes:

¹²⁹ Cabe recordar que, por mandato del artículo 35 de la CDPD, los Estados Partes deben presentar al Comité, un informe exhaustivo sobre las medidas que hayan adoptado para cumplir sus obligaciones conforme a la Convención, y sobre los progresos realizados al respecto, en el plazo de dos años contados a partir de la entrada en vigor de la Convención en el Estado Parte de que se trate.

¹³⁰ El examen del informe inicial de Chile se verificó en las sesiones 238° y 239 del Comité (CRPD7C7SR.238 y 239). Los antecedentes e informes tenidos a la vista se encuentran disponibles en: http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/SessionDetails1.aspx?SessionID=1050&Lang=en

¹³¹ COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD (2016). Observaciones finales sobre el informe inicial de Chile, párrafo 4. [En línea] http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRPD%2fC%2fCHL%2fCO%2f1&Lang=es [Consulta: 24 de noviembre de 2016].

a) Armonización Legislativa: Preocupa la ausencia de una estrategia para la armonización legislativa relativa a personas con discapacidad, la persistencia del modelo médico y el uso de terminología peyorativa (*invalidez, incapaces, dementes*) en normas vigentes del Código Civil y la Ley N°20.422. El Comité recomienda la adopción de un plan para armonizar plenamente toda su legislación y políticas, incluyendo la Constitución Política de la República y el Código Civil, para hacerlo compatible con la Convención, y promover el modelo de derechos humanos de la discapacidad.

b) Calificación y certificación de la discapacidad: Los criterios para calificar y certificar la deficiencia no están estandarizados, ni en armonía con los principios de la Convención, en tanto se basan en la deficiencia sin tomar en cuenta las barreras que enfrentan las personas con discapacidad. Por ello, recomienda el Comité que se revisen los criterios de calificación y certificación de la discapacidad, a fin que reflejen un modelo basado en derechos humanos.

c) Ajustes razonables: Al Comité le preocupa que la definición de *ajuste razonable*¹³² no se adapte al artículo 2° de la Convención, y que la legislación nacional no incluya la denegación de ajustes razonables como forma de discriminación contra las personas con discapacidad en otros ámbitos distintos del empleo. Se recomienda al Estado que revise la definición de ajuste razonable y reconozca en su legislación la denegación de ajustes razonables como forma de discriminación basada en la discapacidad en todas las esferas de la vida.

¹³² Debe entenderse que la referencia se hace respecto del término “ajuste necesario” del artículo 8° de la Ley N°20.422, que tendría el mismo alcance del “ajuste razonable” de la Convención.

d) Toma de conciencia: Preocupa la insuficiencia de los esfuerzos del Estado para combatir los prejuicios y estereotipos negativos de las personas con discapacidad, dada la existencia de campañas públicas como la Teletón¹³³, que refuerzan el modelo asistencialista hacia las personas con discapacidad. El Comité alienta al Estado a combatir los estereotipos y la discriminación en los medios de comunicación, e impulsar campañas públicas de promoción de las personas con discapacidad como sujetos de derechos humanos y no como objetos de caridad.

e) Igual reconocimiento como persona ante la ley: El Comité observa con preocupación la vigencia del Código Civil, de 1857, que establece la incapacidad legal de personas con discapacidad, así como de la Ley N°18.600, que regula el proceso de declaratoria de interdicción con base en la certificación de un psiquiatra. Por ello, se solicita la derogación de toda disposición legal que limite parcial o totalmente la capacidad jurídica de las personas con discapacidad adultas, y adopte medidas concretas para establecer un modelo de toma de decisiones con apoyo que respete la autonomía, voluntad y preferencias de las personas con discapacidad, en armonía con el artículo 12 de la CDPD.

¹³³ Similar prevención fue ya hecha por el Comité en el año 2014 en razón del examen del informe inicial del Estado Mexicano; sosteniendo que Teletón promueve estereotipos de las personas con discapacidad como sujetos de caridad. Por ello, insta a dicho Estado a establecer una distinción clara entre el carácter privado de las campañas Teletón y las obligaciones que el Estado debe acometer para la rehabilitación de las personas con discapacidad.

Miguel Concha, columnista del periódico *La Jornada*, señala que “Al seguir estigmatizando a los niños y adultos con discapacidad como pobrecitos, y como personas que necesitan de nuestra asistencia y protección, el Teletón está además propagando un estereotipo que históricamente ha servido para negar, e incluso violentar, los derechos de las personas con discapacidad... Lamentablemente, el presidente de la Fundación Teletón, optó por descalificar las observaciones, y por tanto la labor de evaluación del comité, al describirlas como irresponsables, superficiales y ligeras”. Además, “...la respuesta del Estado a las recomendaciones de la ONU es preocupante. Semanas después de que la ONU las emitiera, el presidente Enrique Peña Nieto y su esposa aparecieron en un comercial apoyando al Teletón y pidiendo a los mexicanos que donaran. El comercial es un desaire manifiesto a las observaciones del comité y al derecho internacional. Con ello el gobierno mexicano evidencia de nueva cuenta que la ratificación de tratados internacionales es una medida de mera apariencia, no la expresión real de la voluntad de garantizar los derechos de todas las personas”.

La columna puede consultarse en: <http://www.jornada.unam.mx/2014/12/13/opinion/020a2pol>.

f) Consentimiento informado y atención en salud: Preocupa que las personas con discapacidad, declaradas interdictas por razón de discapacidad mental, o institucionalizadas, no tengan derecho al consentimiento informado en el caso de tratamientos médicos o intervenciones quirúrgicas con efectos irreversibles. El Comité recomienda que se revise y derogue las disposiciones que restringen el consentimiento libre e informado de todas las personas con discapacidad, y se adopten las regulaciones necesarias para el pleno ejercicio del consentimiento libre e informado.

g) Acceso a la justicia: Al Comité le preocupa la existencia de barreras normativas para que las personas que han sido declaradas en interdicción por demencia y/o se encuentren institucionalizadas, puedan desempeñarse efectivamente en los procesos judiciales. Recomienda que se realicen ajustes de procedimiento razonables, incluyendo la asistencia personal o intermediaria, para garantizar el efectivo desempeño de las personas con discapacidad dentro de los procesos judiciales.

h) Hogar y Familia: Preocupa al Comité la vigencia de normas en el Código Civil que impiden el matrimonio¹³⁴ a personas con discapacidad intelectual o psicosocial; y la discriminación y práctica de negar el derecho al matrimonio y a formar una familia sobre la base de la voluntad de las parejas. El Comité recomienda se deroguen las disposiciones discriminatorias que limitan el matrimonio a las personas con discapacidad.

¹³⁴ En rigor, la norma que establece los requisitos para la celebración del matrimonio es la Ley N°19.947, de Matrimonio Civil, en donde se prohíbe contraer matrimonio (artículo 5° N°3) a *“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”*. Chile ha precisado (en sus comentarios sobre las observaciones finales) que las normas de esta ley no limitan expresamente el acto matrimonial de las personas con discapacidad psíquica.

Con las recomendaciones efectuadas, queda claro que la meta a la que debemos aspirar, y en la que debemos avanzar decididamente, es aquella del reconocimiento universal de la capacidad jurídica y la adopción del modelo de apoyos. En Chile queda todavía mucho por recorrer, y tenemos una tarea pendiente respecto de garantizar –desde los necesarios ajustes a la legislación- el ejercicio pleno de los derechos de las personas con discapacidad intelectual.

3.2.- Propuestas de adecuación del sistema normativo.

A continuación, y considerando las preocupaciones manifestadas ya por el Comité, se propondrán algunos lineamientos en pos de las necesarias reformas a la legislación chilena para su adaptación a lo dispuesto por la CDPD en cuanto al reconocimiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad mental.

3.2.1.- En relación con la dignidad inherente de las personas con discapacidad mental: Readecuación del lenguaje normativo.

Aunque pocos, son innegables los avances obtenidos en la conquista de los derechos de las personas con discapacidad. Pero aún queda mucho por alcanzar. Cada día más, se vislumbra un colectivo de personas que exige respeto, y tal vez la forma primera para comenzar a brindárselo tenga que ver con la manera de nombrar y hablar de la discapacidad, sin prejuicios, estereotipos ni barreras mentales.

El lenguaje que utilizamos para referirnos a la discapacidad influye en la manera en la que percibimos a las personas con discapacidad. Un lenguaje inapropiado puede resultar inadecuado, poco respetuoso y humillante: “El lenguaje peyorativo ha acompañado históricamente a todos los colectivos discriminados de la sociedad, entre ellos al de las personas con discapacidad, donde expresiones despectivas, ofensivas e incluso insultantes dan cuenta de una fuerte carga de prejuicios y

conceptos estereotipados y dañinos que conforman una mentalidad negativa en torno al mundo de la discapacidad¹³⁵”.

De ordinario la sociedad ha utilizado vocablos denigrantes para referirse a la población con discapacidad mental, llamándoles “*locos*”, “*dementes*”, “*insanos*”, “*lunáticos*”, “*impedidos*” (que no pueden), “*incapaces*” (falta de capacidad o aptitud para hacer algo), “*retardados*”, “*retrasados mentales*”, “*trastornados*”, “*maniacos*”, “*anormales*” (fuera de la normalidad que presentaría el resto del cuerpo social), “*imbéciles*”, “*idiotas*”, “*mongólicos*”, “*minusválidos*” (menor valor), “*pobrecitos*” (la lástima es una forma de agresión y discriminación), “*deficientes*” y otros términos altamente ofensivos, que perpetúan los paradigmas discriminantes¹³⁶. También se han utilizado eufemismos condescendientes, que al fin y al cabo minimizan la situación de discapacidad, tales como “*personas extraordinarias*”, “*superhéroes*” (como si tuvieran aptitudes extra naturales), “*niños*” (como dirigiéndose a alguien que nunca crece), “*angelitos*”, entre otros.

Una de las reformas que se necesitan para avanzar hacia la plena inclusión de las personas con discapacidad en la sociedad dice relación con la erradicación de la terminología peyorativa que se ocupa –también– dentro del lenguaje normativo aplicado en las leyes vigentes. A pesar de la adopción de la Convención, y en franca contradicción con ésta y el principio de respeto a la dignidad inherente que promueve en el artículo 3º, en nuestro ordenamiento jurídico se sigue utilizando expresiones denigrantes para referirse a las personas con discapacidad, tales como “*demente*”, “*loco*” y “*locura furiosa*” (artículos 459 y 466 del Código Civil); “*defectuoso*” (el artículo

¹³⁵ MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL, DIRECCION DE DISCAPACIDAD. [s.f.] Lenguaje, comunicación y discapacidad. [En línea] <http://www.cba.gov.ar/html-de-planes-y-programas-para-directores-de-jurisdccion/> [Consulta: 24 de noviembre de 2016].

¹³⁶ El Instituto Interamericano de Derechos Humanos ha sostenido que existen diversos paradigmas respecto de las personas con discapacidad, entre los que cita y analiza: a) La persona con discapacidad calificada de villana o malvada; b) La persona con discapacidad que no crece y que siempre debemos proteger; c) La persona con discapacidad idealizada como superhéroe; d) La persona con discapacidad calificada de torpe; e) La persona con discapacidad que inspira lástima y; f) La persona con discapacidad calificada de violenta. El análisis de dichas categorías se encuentra en “Los Derechos Humanos de las Personas con Discapacidad” INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS. 1996. Los derechos humanos de las personas con discapacidad, pp.2047-207.

497 del mismo cuerpo legal imposibilita que los dementes ejerzan alguna tutela o curaduría, en razón de defectos físicos y morales) e “incapaz”¹³⁷.

Sin perjuicio que el lenguaje no es neutral (siempre está cargado de alguna intencionalidad, pero ello no quita que no deba ser respetuoso), estimamos que el lenguaje normativo precisa ser modificado, poniendo el acento en las personas y no en las discapacidades, reconociendo siempre su condición de sujetos de derechos¹³⁸. Debe seguirse al pie de la letra el estándar impuesto por la Convención, que sólo usa la expresión “persona con discapacidad”.

3.2.2.- En relación con la capacidad jurídica de las personas con discapacidad.

3.2.2.1.- A nivel Constitucional:

La Constitución chilena, vigente desde 1980, no hace mención alguna respecto de las personas con discapacidad. No les reconoce especialmente la protección de su salud, o su derecho a la educación o al empleo. Menos aún les garantiza particularmente el respeto a su dignidad inherente y al ejercicio de su capacidad jurídica.

Estimamos, que el actual proceso iniciado por el Gobierno para dotar al país de una nueva Carta Magna¹³⁹ constituye el escenario propicio y una oportunidad para obtener el reconocimiento de las personas con discapacidad como un sector específico de la población. Y ello, no desde una perspectiva paternalista y/o asistencialista, sino de reconocimiento de derechos. Con el reconocimiento

¹³⁷ Desde diciembre de 2008, duerme en el Congreso un proyecto de Ley (Boletín N°6247-07) que modifica el Código Civil y otros textos legales en materia de cambio de denominación de la causal de incapacidad absoluta demencia. Siempre desde el modelo médico, este proyecto no se conforma a la CDPD, ya que sólo sustituye el término “demencia” por el de “discapacidad mental de grado grave o profunda”.

¹³⁸ Al respecto véase el documento “Recomendaciones para el uso del Lenguaje en Discapacidad”, elaborado por el Servicio Nacional de la Discapacidad (SENADIS) [En línea] http://www.uchile.cl/documentos/recomendaciones-para-el-uso-del-lenguaje-en-discapacidad_110593_5_0602.pdf [Consulta: 24 de noviembre de 2016].

¹³⁹ Al respecto, véase <https://www.unaconstitucionparachile.cl/>

constitucional a las personas con discapacidad y sus derechos se avanzaría enormemente en pos de satisfacer la obligación contraída ante la comunidad internacional, de adecuar la normativa nacional a los estándares de la Convención.

Ahora bien, conscientes de la necesidad de reforma, se han presentado algunos proyectos de ley modificatorios de la Constitución, que buscan afectarla, ya sea en el Capítulo I “Bases de la Institucionalidad”; o bien en el Capítulo III “De los derechos y deberes constitucionales”.

Sin hacer más que un somero análisis de los fundamentos y motivación de los proyectos, y del estado de avance actual de los mismos¹⁴⁰, señalaremos los siguientes:

a) **Boletín N°7144-07:** Presentado en agosto de 2010 (y desde esa misma época en manos de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados), busca modificar el artículo 1° de la Constitución Política¹⁴¹, agregándole un nuevo inciso final, del siguiente tenor: *“Corresponde igualmente al Estado, promover, con carácter prioritario, la plena integración a la sociedad de las personas con discapacidad y de los adultos mayores”*.

b) **Boletín N°9276-07:** Ingresado en la Cámara de Diputados en marzo de 2014, busca incorporar en el texto del artículo 1° inciso 4°, a continuación del punto aparte, la siguiente frase: *“En especial, se adoptarán todas las medidas*

¹⁴⁰ La información pertinente puede ser consultada en el sitio web del Senado de la República de Chile: <http://www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php>

¹⁴¹ En su formulación actual, el artículo 1° de la Constitución señala que: “Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos.

La familia es el núcleo único fundamental de la sociedad.

El Estado reconoce y ampara a los grupos intermedios a través de los cuales se organiza y estructura la sociedad y les garantiza la adecuada autonomía para cumplir sus propios fines específicos.

El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece.

Es deber del Estado resguardar la seguridad nacional, dar protección a la población y a la familia, propender al fortalecimiento de ésta, promover la integración armónica de todos los sectores de la Nación y asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional”.

necesarias para promover y asegurar la inclusión social de las personas con discapacidad en todos los ámbitos de la vida nacional”.

También busca modificaciones a la Constitución para establecer como obligación del Estado el velar por el acceso, permanencia y egreso de las personas con discapacidad a la educación básica y media; para establecer la flexibilidad de los requisitos mínimos exigibles para los alumnos con necesidades educativas especiales; y para asegurar el derecho al trabajo en un entorno laboral abierto, inclusivo y accesible.

c) **Boletín N°8871-07:** A través de este proyecto, se pretende la reforma del artículo 19 N°2 de la Constitución¹⁴², agregando, como inciso tercero, el siguiente: *“Constituye una obligación del Estado eliminar los obstáculos de cualquier índole que, limitando de hecho la igualdad y la libertad, impidan el pleno desarrollo de la persona. Para ello deberá promover medidas de acción afirmativa¹⁴³ para garantizar el goce y ejercicio de los derechos reconocidos en los Tratados Internacionales que se encuentren vigentes y estén ratificados por Chile, por esta Constitución y las leyes”.*

d) **Boletín N°9771-07:** Con este proyecto se propone agregar un nuevo inciso tercero al numeral 2° del artículo 19 de la Constitución, del siguiente tenor: *“En Chile está prohibido cualquier acto de discriminación arbitraria que se efectúe en contra de las personas en condición de discapacidad, en el cual se limite o impida el acceso igualitario a la educación, la salud, la seguridad social, al empleo y a cualquier otro beneficio o derecho que establezca o*

¹⁴² El actual artículo 19 N°2 de la Constitución reza: “La Constitución asegura a todas las personas: 2°.- La igualdad ante la ley. En Chile no hay persona ni grupo privilegiados. En Chile no hay esclavos y el que pise su territorio queda libre. Hombres y mujeres son iguales ante la ley. Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias”.

¹⁴³ De acuerdo al mismo texto de la moción parlamentaria, y citando la opinión de la especialista en Derecho Internacional de los Derechos Humanos, doña Cecilia Medina, “las acciones afirmativas son modalidades del cumplimiento del deber de garantizar el goce de los derechos humanos a todas las personas, sin discriminación, por parte de los Estados. La necesidad de emprender acciones positivas está dispuesta desde el momento que corresponde a los Estados garantizar el goce de los derechos”.

asegure el Estado. Igual prohibición recae sobre las discriminaciones basadas en consideraciones sobre el origen étnico, racial o nacional de las personas, en su orientación sexual, en el origen social, en la orientación política y en la creencia religiosa”.

Del simple análisis de los intentos de modificación constitucional enunciados, y sin que se conozcan a la fecha otros proyectos modificatorios en la materia, se advierte que ninguno de ellos hace referencia al reconocimiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida; y por tanto no se ajustan a lo preceptuado en el artículo 12 de la CDPD.

No puede pretenderse que exista inclusión donde no hay reconocimiento de la calidad de sujetos de derecho de las personas con discapacidad, ni respeto por su dignidad inherente.

Por ello, creemos que una modificación constitucional respetuosa de las personas con discapacidad, que guarde correspondencia con los postulados de la Convención, debiera darse dentro del ámbito de las garantías constitucionales consagradas, concretamente del artículo 19 N°2 de la Constitución, que reza:

Artículo 19 N°2: “La Constitución asegura a todas las personas:

2°.- La igualdad ante la ley. En Chile no hay persona ni grupo privilegiados. En Chile no hay esclavos y el que pise su territorio queda libre. Hombres y mujeres son iguales ante la ley.

Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias”;

La modificación que se propone (haciendo eco de aquella establecida en el boletín N°9771-07) implica la incorporación de un nuevo inciso tercero al artículo 19 N°2, redactado más o menos de la siguiente manera:

“Está prohibido cualquier acto de discriminación arbitraria en contra de las personas con discapacidad, en el cual se limite o impida el acceso igualitario a cualquier beneficio o derecho que el Estado asegure o establezca. En particular, se reconoce que las personas con discapacidad tienen plena capacidad jurídica, en

igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida. El Estado asegura que las personas con discapacidad tendrán acceso al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica”.

3.2.2.2.- En el ámbito civil:

El Observatorio de Derechos Humanos de las Personas con Discapacidad, respecto de lo preceptuado en el artículo 12, incisos 2º, 3º y 4º de la CDPD, ha sostenido que: “El Estado de Chile, de acuerdo a estos principios, para posibilitar el ejercicio de derechos de las personas con discapacidad mental deberá garantizar: A) El reconocimiento de sus decisiones de forma independiente: i) Capacidad para ser propietarios y heredar bienes, controlar sus propios asuntos económicos y tener acceso en igualdad de condiciones a préstamos bancarios, hipotecas y otras modalidades de crédito financiero; ii) Posibilidad de realizar declaraciones de voluntad anticipadas con efecto jurídico¹⁴⁴, recurso legal que permite proteger el derecho de las personas para dar cuenta de decisiones específicas o nombrar a representantes autorizados para tomar decisiones en su nombre. B) La promoción de salvaguardias para un apoyo adecuado: i) Estableciendo garantías para que se respeten los derechos, voluntad, preferencia e intereses de la persona con discapacidad mental; ii) Reconociendo la inexistencia de conflicto de intereses ni influencia indebida en el acto jurídico en que prestaran ayuda a la persona con discapacidad; iii) Ajustado para cada caso, teniendo en cuenta los requerimientos concretos de cada persona se mantengan vigentes por el mínimo posible de tiempo y

¹⁴⁴ Con la figura de la auto designación de curador en previsión de una futura discapacidad se posibilita que una persona mayor de edad, en pleno uso de sus facultades mentales y previendo una eventual incapacidad sobreviniente, otorgue por escritura pública un acto de autoprotección, designando a la persona en quien debería recaer la designación de curador, y por el cual puede dar instrucciones acerca del cuidado de su persona y la administración de su patrimonio.

El artículo 223 del Código Civil Español dispone al efecto: “Asimismo, cualquier persona con la capacidad de obrar suficiente, en previsión de ser incapacitada judicialmente en el futuro, podrá en documento público notarial adoptar cualquier disposición relativa a su propia persona o bienes, incluida la designación de tutor. Los documentos públicos a los que se refiere el presente artículo se comunicarán de oficio por el notario autorizante al Registro Civil, para su indicación en la inscripción de nacimiento del interesado. En los procedimientos de incapacitación, el juez recabará certificación del Registro Civil y, en su caso, del registro de actos de última voluntad, a efectos de comprobar la existencia de las disposiciones a las que se refiere este artículo”.

sujetas a exámenes periódicos por autoridades judiciales competentes, independientes e imparciales”¹⁴⁵.

Pero ninguna de estas garantías puede aplicarse, en tanto no se produzca la derogación de las normas sobre incapacitación de los mal llamados dementes.

Resulta preocupante que no se hayan derogado las normas del Código Civil pertinentes, especialmente el artículo 456, que establece reglas especiales relativas a la curaduría del demente; y artículo 1447 que establece la incapacidad absoluta. Tampoco se observa ánimo de derogar la Ley N°18.600, que instituye la interdicción de las personas con discapacidad intelectual y anula la capacidad jurídica de las mismas.

Por ello, se propone la modificación de diversas normas del Código Civil, para sustituir el paradigma médico que subyace en él, y adoptar el modelo y filosofía que promueve la Convención. En particular, se plantea que el tratamiento de todo lo relativo a las personas, a su capacidad y al ejercicio de sus derechos, debe ser tratado en el Capítulo Primero del Código, con un enfoque respetuoso de los Derechos Humanos, y no desde la perspectiva iusprivatista que busca la protección del individuo en su intervención en el tráfico jurídico.

Así, y de acuerdo a todas las consideraciones que se han expuesto a lo largo de esta trabajo, se estima necesario:

- a) **La derogación del artículo 1446 del Código Civil** (*Toda persona es legalmente capaz, excepto aquellas que la ley declara incapaces*); sustituyendo el texto por otro que se incorpore idealmente dentro del capítulo primero del Código Civil, “De las Personas”, más o menos del siguiente tenor: “Todas las personas, incluidas aquellas con discapacidades mentales, sea por causa psíquica o intelectual, o

¹⁴⁵ OBSERVATORIO DE DERECHOS HUMANOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD MENTAL (2014). Tabla N°3, p.22.

sensoriales, de carácter temporal o permanente, podrán ejercer su capacidad jurídica en plenitud e igualdad de condiciones con las demás”.

b) **La modificación del artículo 1447 del Código Civil** (*Son absolutamente incapaces los dementes, los impúberes y los sordos o sordomudos que no pueden darse a entender claramente. Sus actos no producen ni aun obligaciones naturales, y no admiten caución*) por el siguiente: “Los actos de los impúberes¹⁴⁶ son absolutamente nulos, no producen ni aún obligaciones naturales, y no admiten caución”.

c) **El reemplazo del artículo 456 del Código Civil** (*El adulto que se halla en un estado habitual de demencia, deberá ser privado de la administración de sus bienes, aunque tenga intervalos lúcidos. La curaduría del demente puede ser testamentaria, legítima o dativa*).

En este punto, adherimos plenamente a la propuesta entregada por la Red Iberoamericana de Expertos en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad a propósito del ordenamiento jurídico español, en cuanto promueve se modifique el artículo 200 del Código Civil de España, por el siguiente¹⁴⁷: “Toda persona que así lo requiera contará con las medidas de apoyo necesarias para el pleno ejercicio de su capacidad jurídica. Estas medidas podrán establecerse a través de la creación de un plan personalizado de medidas de apoyo establecido por la autoridad judicial, que deberá estar sujeto a controles periódicos.

Las medidas de apoyo serán individualizadas, adecuadas y efectivas, en su establecimiento y funcionamiento se respetarán siempre los derechos, la voluntad y

¹⁴⁶ Intencionadamente, y aun cuando escapa a los propósitos de este trabajo, se ha excluido de esta propuesta la referencia a los sordos o sordomudos que no pueden darse a entender claramente. Ello, por cuanto estimamos que subyacen similares razones a aquellas en que se justifica la incapacitación de los dementes. Al respecto, se ha sostenido que “La principal razón para su consideración como inhábiles, fue la creencia de que adolecían de perturbaciones mentales, impidiéndoles de este modo manifestar un querer válido jurídicamente. Consecuencia de ello es la prohibición de intervenir en asuntos tan importantes para un ser humano como el matrimonio y el reconocimiento de hijos, entre otros... esta incapacidad sólo puede entenderse en un contexto en que la ciencia y las técnicas pedagógicas no eran muy avanzadas”. RECABARREN (2003) Eliminación de la incapacidad absoluta que afecta al sordomudo analfabeto, p.322.

¹⁴⁷ INSTITUTO DE DERECHOS HUMANOS BARTOLOME DE LAS CASAS (2012), p.70.

las preferencias de las personas y se velará por evitar los posibles abusos, la influencia indebida y los conflictos de intereses”.

d) **El establecimiento de un sistema de apoyos y ajustes razonables que se requieran para la toma de decisiones.** Dicho sistema debe estar a disposición de todos aquellos que lo necesiten; económicamente accesible; adaptable a las diferentes situaciones personales y a las diferentes discapacidades; debe estar basado siempre en la voluntad y preferencias de la persona, y no en lo que se suponga es su interés superior objetivo; debe ser esencialmente voluntario, la persona debe tener derecho a rechazar el apoyo y a poner fin a la relación o pedir su sustitución en cualquier momento.

e) **La derogación íntegra de la ley N°18.600, que establece normas sobre deficientes mentales.** Se la debe reemplazar por un procedimiento judicial para el establecimiento de planes personalizados de medidas de apoyo para el ejercicio de la capacidad, en el que se discuta el alcance e intensidad de tales medidas, y en que se respete siempre la voluntad decisoria del sujeto, quien puede aceptar o rechazar la medida que a su respecto se propone.

CONCLUSIONES

Nuestro ordenamiento jurídico –a no dudarlo- consagra el respeto por la dignidad inherente de la persona, y se sustenta en el reconocimiento de la igualdad de todos los seres humanos. Así, la Constitución Política de la República reconoce que las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos.

Pero, cuando hablamos de los derechos de las personas con discapacidad mental, la igualdad que se pregona parece ser una quimera; toda vez que a estas personas se las ha privado de la facultad de decidir sobre sus propios asuntos, aún de los más cotidianos, tales como elegir su domicilio y con quien quieren vivir, y los imposibilita de ejecutar los actos de relevancia jurídica que estimen pertinentes, llámese celebrar un contrato de trabajo, ser sujeto de crédito en el sistema financiero, testar o contraer matrimonio, entre otros.

Entonces, este reconocimiento de la igualdad de las personas con discapacidad no pasa de ser una mera declaración de principios, en tanto subsistan en nuestro ordenamiento normas consagratorias del régimen de incapacidad absoluta y necesaria (en base a un modelo de atribución directa de incapacidad, donde se interviene sobre la libertad del sujeto para tomar sus propias decisiones por su sola situación de discapacidad, médicamente diagnosticada), y la anulación de su voluntad, deseos y preferencias, poniendo sobre ellas a un curador que vele por el cuidado de su persona y bienes.

Ahora bien, producto del desarrollo y avance en el reconocimiento de los Derechos Humanos a lo largo de las últimas décadas, la concepción de discapacidad ha sido reformulada: no se la mira ya como una condición atribuible sólo a la salud de la persona; sino que se la entiende como un concepto en permanente evolución, que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras

debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás.

Esta nueva concepción de la discapacidad encuentra su consagración en el establecimiento de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad; la cual reconoce en su artículo 12 la plena capacidad jurídica de las personas con discapacidad, prohibiendo con ello cualquier mecanismo de sustitución de voluntad, como la interdicción y curaduría.

La Convención, en tanto instrumento de derecho internacional y vinculante para los Estados Partes, impone a sus signatarios la obligación de adecuar sus sistemas legislativos, armonizándolos con los principios y derechos reconocidos en ella.

A casi una década de haberse incorporado la Convención al ordenamiento nacional, el cumplimiento de las obligaciones internacionales asumidas ha sido más bien escaso.

Sin que se hayan derogado las normas pertinentes de la legislación civil, subsisten en nuestro ordenamiento dos instituciones jurídicas incompatibles entre sí: Por un lado, la figura de interdicción y curaduría del Código Civil y la Ley N°18.600, que impide a las personas con discapacidad ejercer su capacidad jurídica. Por otro, el sistema de apoyos a la toma de decisiones y salvaguardias para evitar los abusos, que promueve la Convención.

Estimamos, que la incapacitación absoluta que supone la declaración de interdicción por demencia constituye una limitación de la capacidad jurídica de obrar de las personas con discapacidad mental, en extremo intolerable; y posibilita una serie de vulneraciones a sus libertades fundamentales. Resulta necesaria, entonces, la derogación del estatuto aplicable a la capacidad de ejercicio de las personas con discapacidad mental o intelectual, contenido en las normas pertinentes del Código Civil y en la Ley N°18.600, por no guardar correspondencia alguna con los principios y enfoque de derechos humanos que promueve la Convención de Derechos de las Personas con Discapacidad.

Es necesario, en consecuencia, superar el paradigma médico rehabilitador que impregna al ordenamiento jurídico chileno, e implantar decididamente el modelo social y de Derechos Humanos en favor de las personas con discapacidad.

BIBLIOGRAFIA

1) **ALDUNATE**, E. 2010. La posición de los Tratados Internacionales en el sistema de fuentes del ordenamiento jurídico chileno a la luz del derecho positivo. Revista Ius et Praxis, año 16, N°2, pp. 185-210.

2) **ALESSANDRI**, A. et al. 1998. Tratado de Derecho Civil. Partes preliminar y general. Editorial Jurídica de Chile, 1ª Ed., Santiago.

3) **AMENDOLARO**, R. et al. [s.f]. Salud mental y Código Civil argentino en el siglo XXI: Cambio cultural, interdisciplina, capacidad jurídica, internación. De cómo las prácticas modifican las visiones y las visiones las prácticas. [En línea]

<http://www.mpd.gov.ar/pdf/SALUD%20MENTAL%20Y%20CODIGO%20CIVIL%20ARGENTINO%20EN%20EL%20SIGO%20XXI%20-%20AMENDOLARO%20-%20LAUFER%20CABRERA%20-%20SPINELLI.pdf>

[Consulta: 12 de marzo de 2017].

4) **ANSOLEAGA**, E. y **VALENZUELA**, E. 2015. Envejecimiento y Derechos Humanos en Chile: Las personas mayores maltratadas. En: Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile 2015. Ediciones Universidad Diego Portales. Santiago.

5) **ARENAS**, S. 2013. Hacia el fin del dogma “voluntad es capacidad” en el derecho civil chileno. Revista Derecho y Justicia, Universidad Católica Silva Henríquez. N°3, pp. 73-99. [En línea] <http://www.derecho-ucsh.cl/wp-content/uploads/2014/06/arenas.pdf> [Consulta: 24 de noviembre de 2016].

6) **BACIGALUPPO**, N. et al. 2010. Discapacidad intelectual y el artículo 12 de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad [En línea] http://www.articulo12.org.ar/documentos/trabajos/comision%20I/1_galuppoyotros.pdf [Consulta: 24 de noviembre de 2016].

7) **BARIFFI**, F. 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). Universidad Carlos III de Madrid, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de Las Casas. Getafe.

8) **BENAVIDES**, A. 2013. Modelos de capacidad jurídica: Una reflexión necesaria a la luz del art.12. de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (Tesis para optar al grado de Doctor en estudios avanzados en Derechos Humanos). Universidad Carlos III de Madrid, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de Las Casas. Getafe.

9) **BENAVIDES**, A. 2015. Capacidad jurídica: Una reflexión necesaria a la luz de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Anuario de Derechos Humanos. N°11, pp.39-56. [En línea] <http://www.anuariodh.uchile.cl/index.php/ADH/article/viewFile/37487/39165> [Consulta: 24 de noviembre de 2016].

10) **BIEL**, I. 2009. Los Derechos de las Personas con Discapacidad en el marco jurídico internacional universal y europeo (Tesis doctoral). Universitat Jaume I, Departamento de Derecho Público, Castellón (España).

11) **BOREA**, C. 2015. Discapacidad y Derechos Humanos. THEMIS-Revista de Derecho. N°67, pp.167-175. [En línea]

<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/14465/15077>

[Consulta: 24 de noviembre de 2016].

12) **CÁMARA DE DIPUTADOS DE CHILE.** 2012. Evaluación de la Ley N°20.422. Departamento de evaluación de la ley. [En línea] <http://www.evaluaciondelaley.cl/foro_ciudadano/site/artic/20121012/asocfile/20121012101200/informe_final_ley_20422_27_dic_.pdf> [Consulta: 24 de noviembre de 2016].

13) **CÁMARA DE DIPUTADOS DE CHILE.** 2013. Evaluación de la Ley N°18.600. Departamento de evaluación de la ley. [En línea] <http://www.evaluaciondelaley.cl/foro_ciudadano/site/artic/20130104/asocfile/20130104101853/informe_final_ley_18600.pdf> [Consulta: 24 de noviembre de 2016].

14) **CÁMARA DE DIPUTADOS DE CHILE.** Boletín N°6282-07. Proyecto de Ley, que establece la auto designación de curador en previsión de una futura discapacidad. [En línea] https://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=6672&prmBoletin=6282-07 [Consulta: 24 de noviembre de 2016].

15) **CÁMARA DE DIPUTADOS DE CHILE.** Boletín N°7144-07. Proyecto de Reforma Constitucional que modifica el artículo 1° de la Constitución Política de la república, estableciendo el deber del Estado de promover la plena integración de las personas con discapacidad y de los adultos mayores. [En línea] https://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=7546&prmBoletin=7144-07 [Consulta: 24 de noviembre de 2016].

16) **CÁMARA DE DIPUTADOS DE CHILE.** Boletín N°8871-07. Proyecto de Reforma Constitucional que establece que el Estado debe eliminar los

obstáculos que, de hecho, impidan el pleno desarrollo de las personas. [En línea]

https://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=9277&prmBoletin=8871-07 [Consulta: 24 de noviembre de 2016].

17) **CÁMARA DE DIPUTADOS DE CHILE**. Boletín N°9276-07. Proyecto de Reforma Constitucional sobre la inclusión de las personas con discapacidad.

[En línea]

https://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=9688&prmBoletin=9276-07 [Consulta: 24 de noviembre de 2016].

18) **CÁMARA DE DIPUTADOS DE CHILE**. Boletín N°9771-07. Proyecto de Reforma Constitucional que prohíbe las discriminaciones arbitrarias en contra de las personas en situación de discapacidad, y las basadas en alguna de las consideraciones que indica. [En línea]

https://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=10190&prmBoletin=9771-07 [Consulta: 24 de noviembre de 2016].

19) **CÁRCAMO**, J. 2014. La Ley N°19.954 y la declaración de interdicción y designación de curador como un procedimiento no contencioso (Memoria de Prueba para optar al grado de Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales). Universidad de Chile, Facultad de Derecho. Departamento de Derecho Procesal. Santiago.

20) **CAYO**, L. [s.f]. La capacidad jurídica y su revisión a la luz de la Convención. Una visión desde el movimiento asociativo español. [En línea]

<http://docplayer.es/19902337-La-capacidad-juridica-y-su-revision-a-la-luz-de-la-convencion-una-vision-desde-el-movimiento-asociativo-espanol-1.html>

[Consulta: 24 de noviembre de 2016].

21) **CAYO, L.** [s.f.] La configuración Jurídica de los Ajustes Razonables. [En línea] <http://www.coag.es/informacion/novedades/archivos/la-configuracion-juridica-de-los-ajustes-razonables.pdf> [Consulta: 24 de noviembre de 2016].

22) **CENTRO DE DERECHOS HUMANOS.** 2005. Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile 2005. Universidad Diego Portales. Facultad de Derecho. [En línea] <http://www.derechoshumanos.udp.cl/derechoshumanos/index.php/informe-anual?layout=edit&id=183> [Consulta: 24 de noviembre de 2016].

23) **CHILE.** Código Civil. [En línea] <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=172986> [Consulta: 24 de noviembre de 2016].

24) **CHILE.** Constitución Política de la República. [En línea] <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=242302> [Consulta: 24 de noviembre de 2016].

25) **CHILE.** Ley N°18.600, Establece normas sobre deficientes mentales. [En línea] <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=29991> [Consulta: 24 de noviembre de 2016].

26) **CHILE.** Ley N°20.422, Establece normas sobre Igualdad de Oportunidades e Inclusión Social de las Personas con Discapacidad. [En línea] <http://www.leychile.cl/Navegar?idLey=20422> [Consulta: 24 de noviembre de 2016].

27) **CISTERNAS, M.** 2010. Evolución Internacional y cambio de paradigmas sobre las personas con discapacidad: Desafíos en el enfoque de los derechos

humanos para el siglo XXI. En: SEMINARIO: Derechos Humanos: nuevos desafíos para una sociedad democrática; experiencias de Canadá y Chile. Centro de Estudios Internacionales Universidad Católica. pp. 43-53 [En línea] <http://bibliotecadigital.indh.cl/bitstream/handle/123456789/371/cambio-paradigmas-discapacidad.pdf?sequence=1> [Consulta: 24 de noviembre de 2016].

28) **CISTERNAS**, M. 2015. Desafíos y avances en los derechos de las personas con discapacidad: una perspectiva global. Anuario de Derechos Humanos. N°11, pp. 17-37. [En línea] <http://www.anuariodch.uchile.cl/index.php/ADH/article/viewFile/37486/39164> [Consulta: 24 de noviembre de 2016].

29) **COMISION ASESORA PRESIDENCIAL SOBRE INCLUSION SOCIAL DE PERSONAS EN SITUACION DE DISCAPACIDAD**. 2016. Plan Nacional sobre Inclusión Social de Personas en situación de Discapacidad. [En línea] www.comisiondiscapacidad.cl [Consulta: 24 de noviembre de 2016].

30) **CONSEJO DE EUROPA**. 2012. ¿Quién debe decidir? Derecho a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad intelectual y psicosocial (Documento preparado por Anna Nilsson) [En línea] [http://www.feaps.org/files/Documentos/CommDH-IssuePaper\(2012\)2_ES.pdf](http://www.feaps.org/files/Documentos/CommDH-IssuePaper(2012)2_ES.pdf) [Consulta: 24 de noviembre de 2016].

31) **CORPORACION DE ASISTENCIA JUDICIAL**. 2012. Una mirada desde la práctica a la declaración de interdicción. Departamento de Estudios. Boletín N°7, Santiago. [En línea] http://www.cajmetro.cl/wp-content/files_mf/boletin_n7_declaraci%C3%B3ndeinterdicci%C3%B3n.pdf [Consulta: 24 de noviembre de 2016].

32) **CORPORACION HUMANAS**, et al. 2016. Informe alternativo para el examen del Estado de Chile ante el Comité de Derechos de las Personas con Discapacidad en su sesión 15°. [En línea] http://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CRPD/Shared%20Documents/CHL/INT_CRPD_CSS_CHL_23091_S.pdf [Consulta: 24 de noviembre de 2016].

33) **CORRAL**, H. 2011. Interdicción de personas que sufren trastorno de dependencia a la cocaína. Revista de Derecho (Valdivia), Vol. XXIV, N°2, pp.31-64.

34) **CUENCA**, P. 2010. La igualdad en la capacidad jurídica de las personas con discapacidad: algunas implicaciones del art. 12 de la CIDPD en el Ordenamiento jurídico español. [En línea] <http://www.articulo12.org.ar/documentos/trabajos/comision%20I/1-cuenca.pdf> [Consulta: 24 de noviembre de 2016].

35) **CUENCA**, P. 2012. El sistema de apoyo en la toma de decisiones desde la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad: Principios generales, aspectos centrales e implementación en la legislación española. Revista Electrónica de Derecho Universidad de La Rioja, REDUR, N°10, pp. 61-94 [En línea] <http://www.unirioja.es/dptos/dd/redur/numero10/cuenca.pdf> [Consulta: 24 de noviembre de 2016].

36) **DIAZ**, I. 2012. Igualdad en la aplicación de la ley. Concepto, iusfundamentalidad y consecuencias. Revista Ius et Praxis, año 18, N°2, pp. 33-76.

37) **DIAZ**, V. 2014. Elementos de existencia y validez de los contratos (Memoria de Prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y

Sociales). Universidad de Chile, Facultad de Derecho. Departamento de Derecho Privado. Santiago.

38) **FERNANDEZ, S.** [s.f.] La capacidad de las personas en el nuevo Código Civil y Comercial. [En línea] <http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2015/04/La-capacidad-de-las-personas-en-el-nuevo-C%C3%B3digo-Civil-y-Comercial-FERNANDEZ.pdf> [Consulta: 12 de marzo de 2017].

39) **FRIGERIO, C. y LETELIER, C.** 1992. Sobre la capacidad de los dementes y sordomudos. Revista Chilena de Derecho. V.19, N°1, pp. 285-298.

40) **GOBIERNO DE LA PROVINCIA DE CÓRDOBA.** Lenguaje, comunicación y discapacidad. Ministerio de Desarrollo Social, Dirección de Discapacidad. [En línea] <http://www.cba.gov.ar/publicaciones-5/> [Consulta: 24 de noviembre de 2016].

41) **GUASHPA, A.** 2015. Incompatibilidad de la interdicción y curaduría de las personas con discapacidad intelectual y psicosocial en el Código Civil Ecuatoriano con la capacidad jurídica en el derecho Internacional de los derechos Humanos. Lineamientos para una reforma normativa (Tesis para optar al título de abogado). Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Facultad de Jurisprudencia. Quito.

42) **INCLUSION INTERNACIONAL.** 2014. Independiente pero no solo. Informe mundial sobre el derecho a decidir. [En línea] <http://inclusion-international.org/wp-content/uploads/2014/06/INDEPENDIENTE-PERO-NO-SOLO-web-rvvd1.2015.pdf> [Consulta: 24 de noviembre de 2016].

43) **INSTITUTO DE DERECHOS HUMANOS BARTOLOME DE LAS CASAS.** 2009. El impacto general de la Convención Internacional sobre los

Derechos de las Personas con Discapacidad en el ordenamiento jurídico español. Informe “El Tiempo de los Derechos”, N°1, “Consolider-Ingenio 2010”. [En línea] http://www.tiempodelosderechos.es/docs/informe_hurricane1.pdf [Consulta: 24 de noviembre de 2016].

44) **INSTITUTO DE DERECHOS HUMANOS BARTOLOME DE LAS CASAS. 2012.** Capacidad jurídica y discapacidad propuestas para la adaptación normativa del ordenamiento jurídico español al art. 12 de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Informe elaborado dentro del programa “El Tiempo de los Derechos”, N°23, “Consolider-Ingenio 2010”. [En línea] http://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/14183/informe_TD_23.pdf?sequence=1 [Consulta: 24 de noviembre de 2016].

45) **INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS.** 1996. Los derechos humanos de las personas con discapacidad (Compilador y analista, Rodrigo Jiménez). Disabled People International. San José (Costa Rica).

46) **LEON, A.** 1979. La Voluntad y la Capacidad en los actos jurídicos. Editorial Jurídica de Chile, 3ª Ed., Santiago.

47) **LUCERO, R y ZUVILIVIA, M.** 2010. Hacia un Estado Constitucional de derecho. [En línea] <http://www.articulo12.org.ar/documentos/trabajos/comision%20I/1-lucero.pdf> [Consulta: 24 de noviembre de 2016].

48) **LYON, A.** 1993. Teoría de la Personalidad. Ediciones Universidad Católica de Chile. Santiago.

49) **MARIN, C.** 2004. La integración jurídica y patrimonial de las personas con discapacidad psíquica o intelectual. [En línea] www.sindromedown.net/wp-content/uploads/2014/09/29L_librocarlosmarin.pdf [Consulta: 24 de noviembre de 2016].

50) **MARIN, C.** [s.f]. Los apoyos a la capacidad jurídica de obrar de todas las personas con discapacidad. [En línea] [http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/D5A9CCF44B32E65205257C8D00765E1E/\\$FILE/109_1_apoyos_5.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/D5A9CCF44B32E65205257C8D00765E1E/$FILE/109_1_apoyos_5.pdf) [Consulta: 24 de noviembre de 2016].

51) **MARTEL, L.** 2011. Ajuste razonable: Un nuevo concepto desde la óptica de una gramática constitucional inclusiva. Sur Revista Internacional de Derechos Humanos. Edición en Español. V.8, N.14, pp.89-115. [En línea] www.revistasur.org [Consulta: 24 de noviembre de 2016].

52) **MINKOWITZ, T.** [s.f]. El artículo 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad: Consideraciones para su implementación. [En línea] https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2039459 [Consulta: 24 de noviembre de 2016].

53) **NASH, C.** et al. 2012. Derecho Internacional de los Derechos Humanos en Chile. Recepción y aplicación en el ámbito interno. Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile. [En línea] <http://cdh.uchile.cl/media/publicaciones/pdf/91.pdf> [Consulta: 24 de noviembre de 2016].

54) **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. Santiago. [En

línea] www.observatoriodiscapacidadmental.cl [Consulta: 24 de noviembre de 2016].

55) **OLMO, J. y MARTINEZ, J.** 2010. Art. 12 CDPD: Medidas de apoyo y de salvaguardia. Propuestas para su implementación en el régimen jurídico argentino. [En línea] <http://www.articulo12.org.ar/documentos/trabajos/comision%20II/2-olmo.pdf> [Consulta: 24 de noviembre de 2016].

56) **ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS, OEA.** 1948. Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. [En línea] <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/declaracion.asp> [Consulta: 24 de noviembre de 2016].

57) **ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS, ONU.** 2014. Comité sobre los derechos de las Personas con Discapacidad. Observación general N°1. [En línea] <http://www.villaverde.com.ar/es/assets/investigacion/discapacidad/Comite-ONU/CRPD-og1-castellano.pdf> [Consulta: 24 de noviembre de 2016].

58) **ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS, ONU.** 2006. Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. [En línea] <http://www.un.org/esa/socdev/enable/documents/tccconvs.pdf> [Consulta: 24 de noviembre de 2016].

59) **ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS, ONU.** Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. ¿Por qué una Convención? [En línea] <http://www.un.org/spanish/disabilities/convention/qanda.html> [Consulta: 24 de noviembre de 2016].

60) **ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS**, ONU. 1948. Declaración Universal de Derechos Humanos. [En línea] <http://www.un.org/es/documents/udhr/> [Consulta: 24 de noviembre de 2016].

61) **ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS**, ONU. Estado de la presentación de informes para Chile. [En línea] http://tbinternet.ohchr.org/_Layouts/TreatyBodyExternal/countries.aspx?CountryCode=CHL&Lang=SP [Consulta: 24 de noviembre de 2016].

62) **ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS**, ONU. 2010. Vigilancia del cumplimiento de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad. Guía para los observadores de la situación de los derechos humanos. Serie de Capacitación Profesional N° 17. [En línea] http://www.ohchr.org/Documents/Publications/Disabilities_training_17_sp.pdf [Consulta: 24 de noviembre de 2016].

63) **ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD**. 2011. Informe mundial sobre la discapacidad [En línea] www.who.int/disabilities/world_report/2011/summary_es.pdf [Consulta: 24 de noviembre de 2016].

64) **PALACIOS**, A. y **BARIFFI**, F. 2007. La discapacidad como una cuestión de Derechos Humanos. Una aproximación a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Ediciones CINCA, Colección Telefónica Accesible, Cuaderno N°4, Madrid. [En línea] <http://repositoriocdpd.net:8080/bitstream/handle/123456789/402/L_PalaciosA_DiscapacidadDerechosHumanos_2007.pdf?sequence=1> [Consulta: 24 de noviembre de 2016].

65) **PALACIOS**, A. 2008. El modelo social de discapacidad: Orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los

Derechos de las Personas con Discapacidad. Colección CERMI N°36, Ediciones CINCA, Madrid. [En línea] <<http://www.cermi.es/es-es/ColeccionesCermi/Cermi.es/Lists/Coleccion/Attachments/64/Elmodelosocialdediscapacidad.pdf>> [Consulta: 24 de noviembre de 2016].

66) **PARRA-DUSSAN**, C. 2010. Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad: Antecedentes y sus nuevos enfoques. Revista Colombiana de Derecho Internacional, N°16, pp.347-380. Bogotá.

67) **QUINN**, G. y **DEGENER**, T. 2002. Derechos Humanos y Discapacidad. Uso actual y posibilidades futuras de los instrumentos de derechos humanos de las naciones Unidas en el contexto de la discapacidad. Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos. [En línea] http://repositoriocdpd.net:8080/bitstream/handle/123456789/614/L_QuinnG_DerechosHumanosDiscapacidad_2002.pdf?sequence=1 [Consulta: 24 de noviembre de 2016].

68) **RECABARREN**, P. 2003. Eliminación de la incapacidad absoluta que afecta al sordomudo analfabeto (Memoria de Prueba para optar al grado de Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales). Universidad de Chile, Facultad de Derecho. Departamento de Derecho Privado. Santiago.

69) **REY**, M. 2010. La conciencia jurídica del siglo XXI en materia de discapacidad, frente al ordenamiento jurídico argentino y sus normas. [En línea] <http://www.articulo12.org.ar/documentos/trabajos/comision%20I/1-rey.pdf> [Consulta: 24 de noviembre de 2016].

70) **SERVICIO NACIONAL DE LA DISCAPACIDAD**. Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad: Dignidad, Derechos Humanos, Justicia (texto elaborado por fundación Down21-Chile) [En línea] <http://www.down21->

chile.cl/cont/cont/2016/249_2_convencion_normal_2016_baja.pdf [Consulta: 24 de noviembre de 2016].

71) **SERVICIO NACIONAL DE LA DISCAPACIDAD.** Recomendaciones para el uso del lenguaje en discapacidad. [En línea] http://www.uchile.cl/documentos/recomendaciones-para-el-uso-del-lenguaje-en-discapacidad_110593_5_0602.pdf [Consulta: 24 de noviembre de 2016].

72) **SILVA, P.** 2014. La capacidad jurídica de las personas con discapacidad. Régimen jurídico chileno y bases para su modificación (Tesis para optar al grado de Magíster en Derecho). Universidad de Chile, Facultad de Derecho. Santiago.

73) **TIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE.** Sentencia de fecha 26 de enero de 2016, sobre requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, Rol 2703-14-INA. [En línea] <http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/sentencias/busqueda-basica> [Consulta: 24 de noviembre de 2016].

74) **VIAL, V.** 1991. Teoría general del Acto Jurídico. Ediciones Universidad Católica de Chile. 3ª Ed. Santiago.

75) **VICTORIA, J.** 2013. El modelo social de la discapacidad: Una cuestión de Derechos Humanos. Boletín Mexicano de Derecho Comparado, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, año XLVI, N°138, pp.1093-1109.

76) **VILLARREAL, C.** 2014. El reconocimiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad mental e intelectual y su incompatibilidad con los efectos jurídicos de la interdicción y la curatela: Lineamientos para la reforma del Código Civil y para la implementación de un sistema de apoyos en

el Perú (Tesis para optar al grado de Magíster en Derechos Humanos). Pontificia Universidad Católica del Perú, Escuela de Posgrado. Lima.

77) **VIVAS**, M.I. 2012. Más allá de la capacidad de entender y querer. Un análisis de la figura italiana de la Administración de Apoyo y una propuesta de reforma del sistema tuitivo español. Ediciones FUTUEX, Observatorio Estatal de la Discapacidad, Badajoz. [En línea] <<http://www.discapnet.es/Castellano/comunidad/websocial/Recursos/Documentos/Tecnica/Documents/mas-alla-capacidad.pdf>> [Consulta: 24 de noviembre de 2016].