



El régimen de interdicción por demencia: una obligación pendiente en materia de discapacidad

Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales

FELIPE CHAMACA YAÑEZ

Profesora Guía: LILIANA GALDÁMEZ ZELADA

Santiago de Chile, 2022

Contenido

Resumen.....	4
Introducción.....	5
Capítulo I: Protección de los derechos de las personas en situación de discapacidad intelectual en el Sistema Universal de Derechos Humanos.....	8
1.1. Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.....	8
1.1.1. Antecedentes y principios que la conforman.....	9
1.2. Una aproximación al concepto de discapacidad.....	11
1.2.1. Discapacidad en La Convención.....	12
1.2.2. Discapacidad intelectual.....	12
1.2.3. Discapacidad intelectual en La Convención.....	13
1.3. Reconocimiento de la capacidad jurídica de las personas en situación de discapacidad.....	14
1.3.1. Medidas de apoyo y salvaguardias al ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad.....	18
1.3.2. Salvaguardias al ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad.....	19
1.4. Vigilancia en la aplicación de La Convención por parte de los países que la ratifican.....	21
1.4.1. Seguimiento nacional.....	21
1.4.2. Comité Sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.....	24
1.4.3. El caso chileno.....	27
1.4.3.1. Observaciones finales del Comité al Informe Inicial de Chile.....	32
1.5. Aplicabilidad del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el ordenamiento jurídico nacional.....	35
1.5.1. Derecho Internacional Convencional.....	36
1.5.2. Resolución de organismos internacionales.....	40
Capítulo II: Marco normativo de las discapacidades intelectuales en el sistema jurídico chileno.....	42
2.1. Interdicción, incapacidad y curaduría.....	42
2.1.1. Voluntad y capacidad.....	42
2.1.2. Interdicción.....	46
2.1.3. Curaduría.....	50
2.2. Marco Normativo.....	52
2.2.1. Ley N° 18.600 “Establece normas sobre deficientes mentales”.....	52
2.2.2. Ley N° 20.422 “Establece normas sobre igualdad de oportunidades e inclusión social de personas con discapacidad.....	58
2.2.2.1. Calificación y certificación de la discapacidad.....	61

Capítulo III: La jurisprudencia del procedimiento voluntario de interdicción por demencia.....	66
3.1. Sentencia del Tribunal Constitucional Rol 2703-2014.....	66
3.2. Jurisprudencia del procedimiento voluntario de interdicción por demencia.....	69
3.3. Jurisprudencia de la Corte de Apelaciones.....	76
3.3.1. Corte de Apelaciones de Santiago: Rol 7238-2013.....	76
3.3.2. Corte de Apelaciones de Santiago: Rol 9316-2015.....	77
3.3.3. Corte de Apelaciones de Santiago: Rol 1304-2016.....	79
Conclusión.....	81

Resumen

La presente investigación tiene por objeto analizar el sistema internacional de protección de Derechos Humanos de las Personas en situación de discapacidad intelectual. Pretendemos realizar un diagnóstico sobre el estándar que se ha construido en materia de tutela de estos sujetos de derecho, tomando como hito histórico y normativo La Convención Sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, la cual ha supuesto el establecimiento de un importante cambio de paradigma en el tratamiento de las personas en situación de discapacidad.

Posteriormente, sobre la base del estándar dilucidado, analizaremos la legislación doméstica relacionada con la protección de las personas en situación de discapacidad intelectual, de manera de poder indagar en la adecuación de nuestra legislación interna al estándar construido en el Sistema Universal de Derechos Humanos, profundizando con especial detenimiento en el procedimiento de interdicción por demencia consagrado en nuestro ordenamiento.

Introducción.

Durante las últimas décadas hemos sido testigos de un fortalecimiento en la tutela de los derechos de distintos sujetos, este fenómeno se debe, en buena medida, al crecimiento del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y al desarrollo progresivo que caracteriza a este tipo de derechos. Ello ha implicado una evolución en las dimensiones de dichos derechos, cuyas nuevas caracterizaciones han permitido un desarrollo en la protección de determinados grupos que se encuentran en posición de vulnerabilidad.

Un gran ejemplo del fenómeno descrito anteriormente lo podemos encontrar en el fortalecimiento en la protección de los derechos de las personas con discapacidad, siendo determinante, en este sentido, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Este instrumento (con la colaboración de otros) ha supuesto un cambio de paradigma sustancial sobre el tratamiento jurídico de la discapacidad, que se traduce en un enfoque que pone énfasis en las barreras de la sociedad que deben enfrentar las personas con discapacidad, las cuales impiden su participación en la sociedad en igualdad de condiciones con los demás, esta nueva óptica se materializa en el denominado *modelo social de la discapacidad*, el cual apunta a transformar la aproximación vigente a la protección de los derechos de las personas en situación de discapacidad. De esta manera, los Estados que ratifiquen el mencionado instrumento deben enfrentarse al importante desafío de examinar la adecuación de su legislación a este nuevo paradigma, modificando, de ser necesario, las disposiciones de sus ordenamientos que lo contravengan, ese es el sentido de las obligaciones que emanan de La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, y que resultan vinculantes para los Estados desde el momento en que la ratifican.

La presente investigación se enmarca en el fenómeno descrito con anterioridad, pretendemos analizar, desde una perspectiva, crítica el régimen de interdicción por demencia chileno, como un posible problema de vulneración de los derechos de las personas con discapacidad intelectual. En este sentido, el objetivo principal de esta investigación consiste en analizar el régimen de interdicción por demencia nacional desde la perspectiva del sistema universal de Derechos Humanos, buscaremos dilucidar el estándar internacional que ha construido el sistema universal de DD. HH en materia de discapacidad intelectual, el cual será utilizado para contrastarlo con la regulación nacional sobre la

interdicción, de manera de examinar el grado de cumplimiento de las obligaciones internacionales que el Estado chileno ha contraído. En base a lo anterior, la pregunta que motiva la presente investigación consiste en cuestionar la compatibilidad del régimen de interdicción por demencia nacional con las obligaciones que ha contraído el Estado chileno en materia de discapacidad intelectual. Como respuesta e hipótesis a dicha pregunta es que podemos aseverar que la regulación que existe en el ordenamiento jurídico nacional, sobre la protección de los derechos de las personas en situación de discapacidad mental, necesita reformas para adecuarse a los estándares universales establecidos por la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, específicamente el régimen de interdicción por demencia supone una vulneración de los derechos que dicho instrumento consagra.

Para cumplir el objetivo anterior, la presente investigación se dividirá en tres capítulos. Durante el primer capítulo estudiaremos La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, en miras a esclarecer el espíritu del instrumento y el alcance de sus obligaciones, como también los mecanismos de control que esta posee para hacer efectivos sus mandatos en los Estados Parte. De esta forma, nuestro objetivo específico, en este capítulo, consiste en dilucidar el estándar que La Convención establece, a través de sus normas, sobre el tratamiento y protección de los Derechos de las Personas con discapacidad. En base a lo anterior, cabe destacar que nos avocaremos a lo que el sistema universal de Derechos Humanos ha señalado sobre la materia.

El segundo capítulo abordará la regulación nacional atinente a las personas con discapacidad intelectual, en ese sentido el objetivo de este capítulo radica en sistematizar la normativa doméstica sobre la materia, poniendo especial ahínco en el régimen de interdicción por demencia nacional. Pero también debemos analizar ciertas leyes especializadas, tanto en la protección de las personas con discapacidad en general, como específicamente sobre discapacidad intelectual, ello nos permitirá interiorizarnos en los mecanismos de protección con los que actualmente cuentan dichos sujetos en nuestro territorio. Al analizar la normativa nacional, el estándar construido por el sistema universal de DDHH durante el primer capítulo será el lente mediante el cual observaremos nuestra regulación, para así examinar el grado de cumplimiento de las obligaciones internacionales contraídas por Chile al ratificar La Convención.

En el tercer capítulo indagaremos en la jurisprudencia del denominado procedimiento voluntario de interdicción por demencia, teniendo como objetivo específico analizar el razonamiento efectuado por

nuestros tribunales a la hora de juzgar la necesidad de declarar interdicta a una persona con discapacidad intelectual, verificando si es que existiría una equivalencia entre los conceptos de discapacidad e interdicción, ello nos permitirá verificar la aplicación de la normativa analizada en el segundo capítulo, como también el grado de control jurisdiccional que existe sobre la declaración de interdicción.

La presente investigación pretende ser un aporte al estudio de la situación de las personas con discapacidad intelectual en nuestro país, sistematizando normas legales y jurisprudencia, lo que nos permitirá desarrollar un modesto diagnóstico sobre la realidad nacional de las personas con discapacidad intelectual, esperando así poder contribuir al pendiente e importante desafío que supone asumir el problema de la discapacidad como una cuestión de derechos humanos.

1. Capítulo Primero: Protección de los derechos de las personas en situación de discapacidad intelectual en el sistema universal de Derechos Humanos

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

La Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad es el instrumento internacional más relevante en el ámbito de la protección de los derechos de las personas con discapacidad (en adelante “La Convención”). Su texto fue aprobado el 13 de diciembre de 2006 en Nueva York, se abrió para la firma el 30 de marzo de 2007 y finalmente entró en vigor el 3 de mayo de 2008 al ser ratificada por 20 países. Actualmente se encuentra ratificada por un total de 182 Estados de los 192 miembros de la ONU. Por su parte, este instrumento se encuentra ratificado por Chile mediante decreto 201 desde el 17 de septiembre de 2008.

La Convención posee diversos méritos que deben ser reconocidos. En primer lugar, se dice que es el primer instrumento amplio de derechos humanos del siglo XXI¹. También es cierto que es la primera convención de Derechos Humanos que se abre a la firma de organizaciones regionales de integración como la UE², lo que la destaca como pionera en dicho ámbito. Dichas dimensiones son muy relevantes, pero no son el ámbito que nos interesa estudiar, el mérito sobre el que pretendemos profundizar radica en que La Convención ha consagrado un importante cambio de paradigma en el tratamiento y la protección de los derechos de las personas en situación de discapacidad (en adelante “PcD”).

Dicho nuevo paradigma ha sido denominado como modelo social de la discapacidad, y si bien La Convención ha significado una reafirmación de dicho modelo, es necesario destacar que el mérito de las ideas y reivindicaciones detrás de este no pueden atribuirse puramente al tratado en cuestión, estas son el fruto de décadas de protestas por parte de personas en situación de discapacidad³, así como también organismos defensores de estos grupos, que vienen denunciando su marginación de la

sociedad, lo que ha supuesto un impedimento para el ejercicio pleno de los derechos fundamentales que todo ser humano les corresponde en atención a su dignidad humana.

¹ NACIONES UNIDAS. Presentación de La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. 2009. Link online: <https://www.un.org/development/desa/disabilities-es/convencion-sobre-los-derechos-de-las-personas-con-discapacidad-2.html>

² Ídem.

³ VICTORIA MALDONADO, Jorge. El modelo social de la discapacidad: una cuestión de derechos humanos. 2013. pp, 1095.

Se ha definido el modelo social de la discapacidad como uno en que *“las causas que originan la discapacidad no son ni religiosas ni científicas, sino que son, en gran medida, sociales...Es una nueva propuesta encaminada tanto hacia la investigación social, la actualización de las políticas públicas, como a la consolidación de los derechos humanos de las personas con discapacidad”*⁴. De esta manera, este nuevo planteamiento pone el acento de las discapacidades no en el sujeto y en las deficiencias que pueda tener, sino en las barreras a las que debe enfrentarse dentro de la sociedad, que son las que realmente vuelven problemáticas las diferencias de las personas en situación de discapacidad, esto genera un enfoque donde la responsabilidad sobre la discapacidad es, principalmente, social.

Dicho enfoque se contrapone con el modelo médico, el cual pone el énfasis en el tratamiento de la discapacidad, orientado a conseguir la cura o una mejor adaptación, o un cambio en su conducta⁵, por lo que este modelo sitúa el problema y la responsabilidad de la discapacidad en el sujeto, lo que implica reconocer el problema como uno individual, mermando o ignorando la responsabilidad social que media en la inclusión del discapacitado.

El cambio de paradigma que impulsa el modelo social de la discapacidad es radical y parece ser el nuevo horizonte en materia de protección de los derechos de las PcD. Es un enfoque que materializa las reivindicaciones que llevan años reclamando estos sujetos de derecho y que se orientan en una dirección determinada; la conquista de una autonomía que les permita garantizar el ejercicio pleno de sus derechos a la libertad personal, igualdad y dignidad humana. Una sociedad que pretende ser realmente inclusiva no puede recargar todo el peso de la discapacidad sobre el individuo, debe enfrentar dicha responsabilidad de manera social, eso es lo que realmente implica abrazar la diversidad.

1.1.1. Antecedentes y principios que la conforman

La Convención es uno de los instrumentos de las Naciones Unidas que más signatarios ha reunido el día de su firma ascendiendo a un total de 82 firmas y 44 para su protocolo facultativo⁶, es un instrumento que generó una gran convocatoria y que tiene una relevancia inédita en la materia. Aun cuando algunas instrumentos aprobadas a la fecha de la aprobación de La Convención resultaban aplicables para la protección de los derechos de las personas en situación de discapacidad, en dicho momento no existía ningún tratado en el sistema universal de derechos humanos especializado en la

⁴VICTORIA, Jorge. Op cit. pp, 1099.

⁵VICTORIA, Jorge. Op cit. pp, 1100.

⁶ NACIONES UNIDAS. Presentación de La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. 2009.

tutela de estos sujetos de derecho, y en el sistema interamericano solo recientemente se había aprobado la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las personas con Discapacidad. Esto resultaba profundamente preocupante considerando que en el 2011 la OMS destacaba en un informe que más de mil millones de personas en el mundo tienen alguna discapacidad⁷.

Aun cuando lo anterior es cierto, es necesario mencionar ciertos antecedentes de Naciones Unidas que versan sobre el tratamiento de los discapacitados. Destacan en el sentido anterior; la “Declaración de Derechos del Retrasado Mental” (1971) y la “Declaración de los Derechos del Impedido” (1975) ambas proclamadas por la Asamblea General de dicha organización. También es importante mencionar el “Programa de Acción mundial para las Personas con Discapacidad” (1982) que impulsó el mismo órgano. Esto por mencionar algunos hitos que dan cuenta de las discusiones que antecedieron a la aprobación de La Convención.

El instrumento es bastante completo a la hora de generar un marco normativo que propenda al desarrollo social de este grupo humano, en ese sentido como la mayoría de las convenciones esta posee principios que es necesario analizar.

Los principios de la Convención se encuentran enumerados en su artículo tercero, estos son: a) El respeto de la dignidad inherente , la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas; b) La participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad; c) El respeto por la diferencia y la aceptación de las personas con discapacidad como parte de la diversidad y la condición humana; e) La igualdad de oportunidades; f) La accesibilidad;

g) La igualdad entre el hombre y la mujer; h) El respeto a la evolución de las facultades de niños y niñas con discapacidad y de su derecho a preservar su identidad.

Por otro lado directamente relacionado con los principios debemos mencionar la existencia de un propósito expresamente delimitado por La Convención, el cual se encuentra contemplado en su artículo primero donde se señala “*El propósito de la presente Convención es 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*”.

⁷ ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD Y BANCO MUNDIAL. Informe Mundial sobre la Discapacidad. 2011. pp. 8

Mediante la conjugación de los principios y el propósito del instrumento es que queda claro el camino que este pretende tomar; La Convención busca ser una herramienta que permita el desarrollo social de estos sujetos de derecho, hacía un horizonte donde las diferencias de las PcD no sean un impedimento para el pleno ejercicio y goce de los derechos humanos y libertades fundamentales que le corresponden en atención a su dignidad inherente. De esta manera La Convención ha reafirmado la universalidad, indivisibilidad, interdependencia e interrelación de dichos derechos y libertades, así como la necesidad de que las personas con discapacidad los ejerzan sin ningún tipo de discriminación⁸.

1.2. Una aproximación al concepto de discapacidad

Ahora la tarea que nos compete consiste en aproximarnos al concepto de discapacidad, ello supone un desafío importante debido a ciertas complejidades asociadas a la construcción de dicho concepto. Una primera dificultad se encuentra dada por su longevidad, si bien el concepto de discapacidad propiamente tal es relativamente reciente, la categoría de sujetos a la que se hace alusión con dicho concepto ha existido desde hace miles de años⁹, de esta forma aun cuando ellos han recibido distintas denominaciones a lo largo de la historia, podemos constatar la existencia de un grupo, sustancialmente similar e históricamente discriminado que hoy recibe el nombre de PcD pero que ha recibido muchas otras denominaciones en distintos contextos. De esta manera la dificultad que señalábamos se produce por lo dinámico que resulta un concepto que ha evolucionado durante siglos. Sobre esto cabe decir que nuestra intención es analizar el concepto de discapacidad en su sentido actual y reciente.

La segunda dificultad que surge a la hora de definir la discapacidad se genera por ser este un concepto multidisciplinario, con esto nos referimos a que en la actualidad existe una conceptualización de la discapacidad desde diversas áreas del conocimiento, estando cada una determinada por la disciplina desde la que se aproxima. Así las cosas, el concepto de discapacidad desde la biología o la medicina distaría desde aquel construido por la sociología o el derecho. Debido a lo anterior es que es necesario advertir que nuestra aproximación será jurídica, por ser esta la disciplina que nos compete.

Una tercera dificultad se encuentra dada por lo diversos que resultan los distintos tipos de discapacidades. Las personas que se encuentran en situación de discapacidad encuentran su origen en deficiencias de naturaleza muy distinta, de esta forma cada uno debe enfrentar una realidad particular, que suele distar mucho de lo que debe enfrentar otra distinta, esto genera que cada uno de estos sujetos

⁸ LARA ESPINOSA, Diana. La Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad. 2011. pp, 23.

⁹ LÓPEZ BASTÍAS, José Luis. La conceptualización de la discapacidad a través de la historia: una mirada a través de la evolución normativa. 2019. pp, 840.

debe enfrentar barreras distintas y, por supuesto, el concepto de discapacidad debe retratar todas estas variadas realidades. Debemos comprender que tanto una persona que sufre de ceguera total, como una persona que padece de trastorno bipolar son personas con discapacidad, de esta manera el concepto que se utilice debe enfrentar el desafío que supone englobar estos distintos padecimientos.

1.2.1. Discapacidad en la convención

La Convención no podía quedar al margen de la conceptualización de la discapacidad, el instrumento consagra su concepto en el inciso segundo del artículo primero, del cual se infiere que se entiende por esta; *“deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, pueden impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás”*. Como se puede apreciar, dicha definición describe la discapacidad en relación a deficiencias de distintos tipos, pero el énfasis no se encuentra en estas características del individuo, sino en las barreras de la sociedad que impiden la participación plena del sujeto por dichas deficiencias, así la segregación de una PcD no se entiende como una cuestión inherentemente ligada a su deficiencia, sino que es producto de la incapacidad de la sociedad de eliminar dichas barreras, que son las que generan la marginación de la persona con discapacidad. Dicho de otra manera, en una sociedad que logra eliminar dichas barreras, las deficiencias que ellos poseen no impedirían la plena participación de la persona con discapacidad. Como se puede apreciar la definición que nos entrega La Convención consagra lo postulado por el ya mencionado modelo social de la discapacidad.

Es interesante destacar que el concepto de discapacidad esbozado por la Convención resulta bastante amplio y abstracto, esto resulta lógico al considerar que este pretende englobar todo tipo de discapacidades en él, muchas de las cuales tienen una naturaleza muy diversa como ya mencionamos, así dicho concepto supone extrapolar los elementos comunes entre dichas discapacidades. A pesar de ello la convención logra delimitar satisfactoriamente un concepto representativo de todas ellas.

1.2.2. Discapacidad intelectual

Ahora nuestro objeto de estudio no comprende todo tipo de discapacidades, como ya hemos señalado nos preocupa abordar específicamente la discapacidad intelectual. En ese sentido, es lógico que el concepto de discapacidad esbozado con anterioridad sea comprensivo de este tipo de discapacidades, pero ello no impide que, dadas sus particularidades, estas requieran un tratamiento especial. Debido a lo anterior, buscaremos esbozar un concepto de este tipo de discapacidades, con el objetivo retratar sus características distintivas.

El Observatorio de Derechos Humanos de las Personas con Discapacidad Mental se ha preocupado de generar un concepto de discapacidad intelectual a la luz de la convención, es decir, a reelaborado

dicho concepto para que sea atingente a la realidad particular de este tipo de discapacidades, dicho organismo señala que *“La discapacidad mental es la resultante de la interacción entre algunas condiciones psíquicas y/o intelectuales de largo plazo que pueden presentar las personas, y las barreras del entorno, tales como formas de exclusión social, carencias de apoyo y actitudes estigmatizadoras, que limitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás”*¹⁰. Como se puede apreciar, el concepto es bastante cercano a lo que señala la Convención, esto reafirma el paradigma que plantea dicho instrumento sobre las discapacidades, así como la conceptualización que han elaborado, la cual parece ser satisfactoria para la realidad particular de este tipo de discapacidades.

1.2.3. Discapacidad Intelectual en la Convención

Ahora pasaremos a analizar específicamente el tratamiento de las discapacidades intelectuales por La Convención. Pretendemos destacar disposiciones que sean especialmente relevantes considerando la naturaleza de estas discapacidades. Sobre esto debemos mencionar que la Convención no tiene menciones especiales donde realice distinciones que pretendan crear estatutos distintos al marco de las discapacidades en general, este instrumento y su normativa generan un despliegue que es homogéneo para todo tipo de discapacidades. En el sentido anterior el horizonte respecto de las discapacidades intelectuales es el mismo que respecto de cualquier tipo de discapacidad; la autonomía individual y el pleno ejercicio de sus derechos y libertades. Pero aun cuando no existen disposiciones expresas que regulen de manera especial la situación de las discapacidades intelectuales, existen reglas que cobran mayor relevancia al ser aplicadas sobre este tipo especial de discapacidad.

El artículo 12 de La Convención es de una naturaleza como la que acabamos de mencionar, es una regla que adquiere especial relevancia para las PcD intelectual. La norma en cuestión es la que contempla el derecho al igual reconocimiento como persona ante la ley, en su primer inciso establece que *“las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica”*, luego, en su número dos, señala que estas personas *“tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con los demás en todos los aspectos de la vida”* y por otro lado, en su inciso tercero, menciona que *“Los Estados partes adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica”*. Se puede apreciar que estas normas son concluyentes en el reconocimiento y ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad.

¹⁰ OBSERVATORIO DE DERECHOS HUMANOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD. Derechos Humanos de las personas con discapacidad mental: diagnóstico de la situación en Chile. 2014. pp, 14.

Ahora cabe preguntarse ¿Dónde se encuentra la especial relevancia que denunciamos respecto de las discapacidades intelectuales? Dicho tema surge debido a la regulación nacional a la que suelen estar sujetas este tipo de discapacidades, nos referimos en concreto al hecho de que la mayoría de los ordenamientos jurídicos en el mundo suelen contemplar como respuesta a este tipo de discapacidades la incapacidad jurídica, es decir se les priva del ejercicio de su capacidad jurídica. Esta realidad es particular de este tipo de discapacidades, ya que las que tienen como causa dolencias físicas no suelen contemplar este tipo de regulación por considerarse innecesario en la medida que su discapacidad no afecta sus habilidades cognitivas, por lo que su capacidad jurídica nunca se ha visto afectada.

El ordenamiento jurídico chileno no se desmarca del problema que acabamos de describir, la regulación nacional contempla como respuesta a las discapacidades intelectuales o cognitivas la incapacidad jurídica del discapacitado, esto se genera siempre y cuando se efectúe un juicio de interdicción por demencia en contra del discapacitado, el cual tendrá como consecuencia, en caso de ser acogido, la incapacidad de la persona con discapacidad intelectual. Posteriormente abordaremos en profundidad la institución de la interdicción, así como también su procedimiento, por ahora basta comprender que es un mecanismo para establecer la incapacidad jurídica de ciertos sujetos, entre ellos las personas con discapacidad cognitiva o psicosocial, y que en el caso de la interdicción por demencia depara en un régimen de representación de dicho sujeto denominado curaduría.

Habiendo comprendido lo anterior es que queda en evidencia la relevancia de la norma examinada; ella viene a denunciar que este tipo de regulaciones que deparan en la incapacidad del discapacitado se encuentran en el camino contrario al paradigma que viene a consagrar La Convención, porque ello implica el cercenamiento de la autonomía individual de estos sujetos, como también limitaciones al pleno ejercicio de los derechos y libertades inherentes a todo ser humano. Debido a lo anterior queda en evidencia que sus disposiciones obligan a los Estados que la suscriben a tomar las medidas necesarias para el reconocimiento de la capacidad jurídica de estas personas, debiendo desplegar medidas de apoyo y salvaguardias al ejercicio de dicha capacidad de ser necesario, pero nunca eliminando completamente dicho atributo de la personalidad.

1.3. Reconocimiento de la capacidad jurídica de las personas en situación de discapacidad

Ya hemos señalado que la norma contenida en el artículo 12 de la Convención es una regla que adquiere especial relevancia en relación con las discapacidades intelectuales, pero de ello nunca debemos desprender que el problema sobre el reconocimiento de la capacidad jurídica resulta ajeno a las discapacidades que tienen su origen en deficiencias físicas o sensoriales. La negación de dicho atributo de la personalidad es un conflicto al que históricamente se han debido enfrentar todo tipo de discapacidades, no obstante, dicha práctica se ha acentuado respecto de las discapacidades

intelectuales debido a la afectación de sus habilidades cognitivas que contraría de manera más directa el concepto tradicional de capacidad jurídica en comparación a lo que podría ser una discapacidad física¹¹.

Lo que subyace a la afectación de la capacidad jurídica de las PcD es un profundo atentado contra la igualdad ante la ley y el principio de no discriminación que se sustenta en la idea de que los individuos poseen naturalmente ciertas capacidades cognitivas- sentir, razonar, comunicarse de determinados modos o maneras consideradas apropiadas- que los convierte en agentes capaces para tomar decisiones sobre su vida y sus derechos de una forma “correcta”¹². Partiendo desde dicha premisa es que aquellos sujetos que no alcancen dicho estándar son directa o indirectamente etiquetados como incapaces¹³. Pero respecto de la premisa anterior es necesario cuestionarse si existe un estándar abstracto, como el recién descrito, que sea razonable y objetivamente determinable, tarea que nos reconduce inevitablemente a la pugna entre el modelo médico y el modelo social de la discapacidad que ya hemos introducido.

Señalamos que nos reconduce a dicha pugna debido a que el posicionamiento respecto a ese hipotético estándar se explica bajo la adhesión a uno u otro modelo¹⁴. En el caso del modelo médico este otorga preponderancia a la deficiencia que origina la discapacidad, ello genera que dicho paradigma comprenda la discapacidad como un problema eminentemente individual que se soluciona con la rehabilitación del individuo, este enfoque coincide con la idea del “estándar de capacidad” en el sentido que es la deficiencia del individuo la que impide que dicho sujeto alcance dicha situación de normalidad que lo habilita para el reconocimiento de su capacidad jurídica. En contraposición, el modelo social de la discapacidad comprende a esta como un fenómeno que no se genera principalmente por la deficiencia que sufre la PcD, sino que tiene su origen en las barreras que la sociedad impone a dicha persona, que es lo que realmente impide el ejercicio pleno de sus derechos, así como su integración en la sociedad, de esta manera, este nuevo paradigma entiende la discapacidad como un problema social. Bajo este último entendimiento no habría cabida para un supuesto estándar de capacidad, debido a que el modelo social de la discapacidad es claro en señalar que no existe aquella condición natural de normalidad que otorga una misma capacidad a todos los seres humanos, el modelo social rechaza la ideología de la normalización al considerar que la idea de normalidad no es neutra, sino que es algo impuesto por quienes responden a los parámetros físicos y psíquicos del estereotipo culturalmente dominante, generando barreras y limitaciones a la participación de aquellos

¹¹ CRPD. “Observación General Nº 1”. 2014. pp, 3.

¹² DE ASIS, Rafael. “Sobre la capacidad”. 2009. pp. 7.

¹³ CUENCA, Patricia. “La capacidad jurídica de las personas con discapacidad”. pp. 235

¹⁴ Op. cit., pp 231.

que no encajan con el modelo preponderante¹⁵. Así es que, bajo dicha premisa, la inadecuación de la persona en situación de discapacidad al “estándar de capacidad” no es más que una discriminación por parte de los grupos dominantes, que pasa a ser una de las barreras más importantes que precisamente originan la discapacidad bajo esta concepción.

Anteriormente hemos afirmado que la génesis de La Convención se funda en la adhesión a los postulados del modelo social, por lo que no nos debiera sorprender que, en el conflicto recién abordado, la solución de dicho instrumento se incline por lo planteado por este modelo. En este sentido, la respuesta zanjada por el artículo 12 resulta una cristalización de la corriente del modelo social debido a que obliga a los Estados que la suscriben al reconocimiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad. Dicha obligación necesariamente desecha lo postulado por el modelo médico, que ha justificado la existencia de instituciones legales que deparan en la incapacidad del sujeto. Es por lo anterior que el artículo 12 resulta una norma fundamental de La Convención al consagrar un quiebre importantísimo en el tratamiento de las discapacidades, al declarar que la incapacidad no es inherente a la discapacidad, y, por el contrario, es en realidad una discriminación que ha limitado el pleno ejercicio de sus derechos a este grupo social.

La discusión recién abordada no es una cuestión superficial, demuestra nuevamente la coincidencia entre los postulados de la Convención y el modelo social de la discapacidad, lo que a su vez nos permite interpretar con un mayor asidero las reglas contenidas en el artículo 12. Bajo dicha premisa nuestra siguiente tarea radica en un análisis exhaustivo de las obligaciones que emanan de dicha norma, las cuales deben ser cumplidas por los Estados que la suscriben.

Del análisis literal de las reglas contenidas en el N°1 y N°2 del artículo 12 podemos señalar que existen dos derechos consagrados que se traducen en obligaciones para con los Estados que la suscriben; la primera afirma que *“Las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica”*, y la segunda señala; *“las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con los demás en todos los aspectos de la vida”*, es decir podemos señalar que existe un reconocimiento expreso a 1) el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica y 2) el derecho al reconocimiento a la capacidad jurídica en igualdad de condiciones con los demás, en este sentido, para dilucidar el alcance de cada uno de estos derechos es lógicamente necesario distinguir entre los conceptos de personalidad y capacidad jurídica.

Los conceptos de personalidad y capacidad jurídica son categorías imprescindibles en la teoría de la ley de la mayoría de los ordenamientos jurídicos del mundo, ambos términos forman parte

¹⁵ Op. cit., pp. 235.

fundamental del derecho privado. Pero sin entrar en profundidad sobre la regulación existente en nuestro ordenamiento sobre dicha materia (debido a que aquello será el objeto del capítulo segundo), debemos señalar que nuestro ordenamiento jurídico distingue entre capacidad de goce y ejercicio, señalando que la incapacidad absoluta afecta la capacidad de ejercicio pero nunca la de goce, lo cual ha servido para justificar los regímenes de sustitución de la voluntad de los incapaces, en el entendido que dichos sujetos nunca cesarían en el goce de sus derechos, simplemente el ejercicio de ellos pasaría a un tercero que tendría la obligación de actuar en representación del incapaz. Pero la premisa anterior resulta, a lo menos, cuestionable, es difícil sostener que el goce de un determinado derecho no se vería afectado por el momento y forma en que este se ejerce. Por mucho que podamos efectuar la distinción conceptual entre ambos tipos de capacidades, en la realidad estas categorías se encuentran estrechamente interrelacionadas, de manera que ejercen una influencia correlativa que las determina mutuamente. Debido a lo anterior es razonable concluir que, si consideramos a la capacidad de goce como consustancial al concepto de persona, inevitablemente deberíamos llegar a la misma conclusión respecto de la capacidad de ejercicio.

La conclusión que acabamos de esbozar es precisamente lo que viene a señalar el artículo 12 de La Convención. La norma en comento afirma claramente que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica *en igualdad de condiciones con los demás en todos los aspectos de la vida*, la norma no distingue entre tipos de capacidad, e incluso va más allá, señala que esta capacidad debe ser en igualdad de condiciones con los demás sujetos, con ello queda en evidencia que los Estados que han ratificado La Convención se encuentran obligados a reconocer la capacidad jurídica de las PcD sin ningún pero, lo que implica asumir que dichos sujetos poseen tanto capacidad de goce, como de ejercicio, y que el cercenamiento de cualquiera de ellas supone un atentado contra los derechos que el instrumento reconoce¹⁶.

De esta manera, La Convención ha dejado en claro que ella ha abandonado el modelo de sustitución de la voluntad del discapacitado para adoptar lo que hemos denominado como modelo de apoyo a la voluntad. El primero implica precisamente que el ejercicio de los derechos del incapaz pasa a las manos de un representante, que en nuestro ordenamiento es denominado curador, el cual pasa a sustituir la voluntad del discapacitado, al ostentar una potestad legal sobre la capacidad de ejercicio de los derechos del discapacitado¹⁷. El segundo, parte desde la base que el reconocimiento de la capacidad jurídica es una cuestión de derechos humanos¹⁸, el modelo de apoyo a la voluntad no

¹⁶ CRPD. "Observaciones Generales Nº 1". 2014. pp, 4.

¹⁷ FRIGERIO CASTALDI, César. Incapacidad civil y representación legal del enfermo mental. 1989. pp, 39.

¹⁸ PALACIOS, Agustina y BARIFFI, Francisco. La discapacidad como una cuestión de Derechos Humanos. 2007. pp, 12.

distingue entre ambos tipos de capacidad, comprende que ella es solo una y debe ser reconocida para todos los individuos en atención a su dignidad humana sin distinción alguna.

Todo lo anterior no obsta a que el modelo de apoyo a la voluntad comprende que el reconocimiento de la capacidad jurídica de las PcD en igualdad de condiciones con los demás puede requerir de un despliegue institucional que soporte la manifestación de la voluntad del discapacitado. Precisamente por lo anterior es que se le denomina un modelo de apoyo, ya que este entiende que, no obstante las discapacidades tienen su origen en, principalmente, las barreras que la sociedad le impone a las personas con discapacidad, es necesario reconocer que existe una deficiencia física, intelectual o sensorial que da origen a dicha condición, y es por ello que si el Estado se ha obligado a reconocer la capacidad jurídica de estos sujetos de derecho en igualdad de condiciones con los demás, debe construir una red asistencial que garantice la manifestación de la voluntad del discapacitado de una manera plena, informada y consensuada, eso es lo que implica superar la barrera discriminatoria a la que históricamente han estado sometidas las personas con discapacidad en lo que respecta a su capacidad jurídica.

El otorgamiento de dichas medidas de apoyo y salvaguardias también forma parte de lo reglado por el artículo 12, y es precisamente lo que analizaremos a continuación.

1.3.1. Medidas de apoyo y salvaguardias al ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad

La obligación de entregar medidas de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad por parte de los Estados miembro se encuentra contenida en el N°3 del artículo 12. La norma en comento señala *“Los Estados parte adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica”*.

Del tenor literal de la disposición salta a la luz que el ejercicio de la capacidad jurídica por parte de las personas con discapacidad puede requerir medidas de apoyo. De esta manera, La Convención se preocupa de establecer que el reconocimiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad no es condición suficiente para garantizar los derechos que consagra el artículo 12 del instrumento, es necesario que se efectúe de manera conjunta un despliegue normativo e institucional destinado a generar una protección eficaz de dichos derechos, para que así dichos sujetos puedan gozar de su capacidad jurídica **en igualdad de condiciones con los demás**.

De esta forma subyace una consideración importante en la regla del artículo 12 N°3, ella consiste en el hecho de asumir que aquellas deficiencias afectan objetivamente la manera en que dichos sujetos

pueden gozar de sus derechos, y que, por lo tanto, si lo que pretendemos es eliminar las barreras a la que dichas personas deben enfrentarse en la sociedad, debemos generar un despliegue institucional y normativo que reconozca aquella diferencia, entregándole el soporte necesario para que no sea un problema, pero no desconociendo aquella realidad y su impacto. El reconocimiento de determinados derechos a veces requiere esfuerzos especiales para que ciertos grupos vulnerables puedan gozar de ellos en igualdad de condiciones con los demás, este es uno de aquellos casos, el igual reconocimiento como personas ante la ley por parte de las personas con discapacidad necesita de medidas de apoyo y salvaguardias para garantizar debidamente el derecho consagrado en el artículo 12.

Habiendo mencionado todo lo anterior es que es necesario preguntarnos ¿En qué consisten realmente las medidas de apoyo mencionadas en el artículo 12 N° 3? Estas han sido orientadas por el CRPD a través de una Observación General efectuada el 19 de mayo de 2014¹⁹ que indaga precisamente en el alcance del artículo 12.

Lo primero que señala la observación general es que “*el apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica debe respetar los derechos de las personas con discapacidad y nunca debe consistir en decidir por ella*”²⁰. Pero la observación expresa que las medidas de apoyo son un término amplio que engloba arreglos oficiales y oficiosos de distintos tipos e intensidades, que pueden variar según la naturaleza e intensidad de la discapacidad, así como también que algunas personas solo buscan que se les reconozca su capacidad jurídica en igualdad de condiciones con los demás y pueden no desear a ejercer el derecho al apoyo previsto.

De manera más concreta, la observación afirma que el apoyo puede consistir en incluir medidas con el diseño universal y accesibilidad, también puede consistir en la elaboración y el reconocimiento de métodos distintos de comunicación, la posibilidad de planificar anticipadamente sus expresiones de voluntad, el apoyo de un par que nunca podría sustituir su voluntad entre otras²¹.

1.3.2. Salvaguardias al ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad

Por otro lado, es necesario analizar la obligación estatal de otorgar salvaguardias al ejercicio de la capacidad jurídica de las PcD, la cual se encuentra contenida en el artículo 12 N° 4, y que es necesario distinguir del otorgamiento de las medidas de apoyo.

¹⁹ Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad. “Observación General N° 1”. 2014.

²⁰ Op. Cit, pp. 5.

²¹ Ídem.

Del tenor literal de la disposición no se puede desprender la diferencia existente entre las medidas de apoyo y las salvaguardias, la redacción del artículo 12 solamente nos deja en claro que ambas son herramientas de las que debe disponer el discapacitado en el ejercicio de su capacidad jurídica. Algunos planteamientos han señalado que las salvaguardias serian medidas para el ejercicio de la capacidad jurídica diferentes y más fuertes que los apoyos, que podrían abrir las puertas al modelo de sustitución²². Sin embargo, dicha interpretación se distancia lógicamente de los postulados de la convención, que adhiere al modelo social de la discapacidad, por lo tanto, adherimos a la idea de que estas salvaguardas se deben proyectar sobre los mecanismos de apoyo, orientándose a evitar abusos²³, dicha interpretación es confirmada en la Observación general previamente mencionada²⁴.

No existen en el artículo 12 N° 4 (al igual que respecto de las medidas de apoyo) prescripciones concretas sobre cómo deben implementarse las salvaguardias, pero si se mencionan los objetivos a las que ellas deben apuntar, estas deben; *“1) asegurar que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de las personas 2) que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida 3) que sean proporcionales y adaptadas a la circunstancia de la persona 4) que se apliquen en el plazo más corto posible 5) que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial.*

Finalmente es necesario mencionar la regla contenida en el artículo 12 N° 5, la cual hace alusión a ciertos derechos patrimoniales que se deben reconocer a las personas con discapacidad, así la disposición señala que los Estados parte deben garantizar *“el derecho de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con los 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”*. Dichos derechos son los que típicamente se han visto cercenados con los modelos de sustitución de la voluntad, pero teniendo claro que La Convención parte de la premisa de la adhesión al modelo de apoyo a la voluntad, que supone el reconocimiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, la disposición en comento parece un poco redundante desde que en ningún modelo de apoyo habría cabida para la privación o perturbación de dichos derechos. Es decir, consideramos que aun en ausencia del artículo 12 N° 5 los derechos patrimoniales que se protegen en dicha disposición deberían igualmente gozar

²² CUENCA, Patricia. Op. cit. pp, 246.

²³ Ídem.

²⁴ CRPD. Op. Cit, pp. 6.

de protección debido a las reglas anteriores del artículo 12. Pese a lo anterior la norma tiene el valor de concretar ciertos derechos subjetivos que deben ser garantizados frente a las personas con discapacidad.

1.4. Vigilancia en la aplicación de La Convención por parte de los países que la ratifican

La vigilancia en la aplicación de La Convención es el proceso mediante el cual los órganos competentes revisan la adecuación del ordenamiento jurídico nacional a las disposiciones del instrumento, es un proceso complejo que involucra actores nacionales e internacionales, con mecanismos de vigilancia nacionales e internacionales y que tiene directrices determinadas según La Convención²⁵. Para generar un análisis acabado del proceso de vigilancia en la aplicación son varios los puntos que analizaremos. En primer lugar, para profundizar en la vigilancia nacional estudiaremos lo que La Convención denomina como seguimiento nacional, regulado en el artículo 33 del instrumento. En segundo lugar, respecto de los mecanismos internacionales profundizaremos en el Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad (En adelante “El comité”), órgano instituido por la Convención a cumplir varias funciones, siendo una de las más relevantes la vigilancia en la aplicación desde una perspectiva internacional. Finalmente abordaremos la aplicación de ambos mecanismos en el Estado chileno, para dilucidar el grado de cumplimiento, de las obligaciones emanadas de La Convención, por parte del Estado chileno.

1.4.1. Seguimiento Nacional

En el plano nacional, es el artículo 33 de La Convención el que se encarga de establecer tres mecanismos diferentes para la aplicación y vigilancia del instrumento bajo el título “*Aplicación y Seguimiento Nacional*”. El artículo 33 N° 1 señala que los Estados parte deben “*designar 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 diferentes niveles*”. Del precepto en cuestión se desprenden dos de los mecanismos de seguimiento nacional que maneja la convención. El primero consiste en la designación de uno o más organismos gubernamentales encargados a la aplicación de La Convención y, en segundo lugar, un deber de considerar la posibilidad de establecer o designar un mecanismo de coordinación para facilitar la adopción de medidas.

²⁵ ACNUDH. “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”. 2010. pp, 35.

El tercer mecanismo de vigilancia nacional se encuentra contemplado en el artículo 33 N° 2, este consiste en “*mantener, reforzar, designar o establecer, a nivel nacional, un marco, que constará de uno o varios mecanismos independientes, para promover, proteger y supervisar la aplicación de la presente Convención*”. Queda en evidencia que La Convención entrega espacio a los Estados para regular dichos mecanismos siempre y cuando sean independientes y se encuentren destinados a supervisar la aplicación de la Convención, adicionalmente, el párrafo siguiente de la misma norma nos advierte que en el establecimiento de dichos mecanismos deben tenerse en cuenta los principios relativos a la condición jurídica y el funcionamiento de las instituciones nacionales de protección y promoción de los derechos humanos, lo cual resulta tremendamente concordante con la visión de la discapacidad como una cuestión de derechos humanos.

Finalmente, también es relevante mencionar la disposición contenida en el N°3 del mismo artículo 33, la cual, si bien no consagra mecanismos de vigilancia nacional, cumple el rol de señalar el lugar que cumple la sociedad civil y las organizaciones representativas de las PcD en la vigilancia al señalar que estas deben “*estar integradas y participar plenamente en todos los niveles del proceso de seguimiento*”. Dicha disposición no nos debiera sorprender, ya que forma parte del espíritu de La Convención y del modelo social de la discapacidad el integrar a las PcD, y las organizaciones que los representen, en los procesos de adopción de decisiones sobre cuestiones relacionadas con la discapacidad. Sin ir más allá el artículo 4 N° 3 de La Convención ,que versa sobre las obligaciones generales del instrumento, señala la necesidad de que los Estados parte efectúen consultas estrechas y colaboren activamente con las personas con discapacidad en los procesos de adopción de decisiones que los interpele, por lo que la regla del artículo 33 N° 3 resulta armónica y profundiza con las obligaciones que ya se nos introducía en las obligaciones generales bajo lo que se ha denominado como “principio de participación”²⁶

Es necesario analizar cómo se realiza el proceso de vigilancia nacional en la práctica. Esta comprende una serie de pasos que se pueden resumir en los siguientes tres: a) la recopilación de información; b) el análisis jurídico de la información recabada; y c) la documentación y la presentación de informes, y las medidas correctivas y de seguimiento²⁷.

El primer paso lo debe realizar el observador de derechos humanos, consiste en recopilar la información sobre el disfrute por las personas con discapacidad de sus derechos. La primera tarea que efectúa el observador radica en determinar las fuentes que es necesario analizar, dentro de las que se

²⁶ Para profundizar sobre el principio de participación revisar: IDEHPUCP. “Nueve conceptos clave para entender la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad”. 2015. pp, 176 y sgtes.

²⁷ ACNUDH. op cit. pp ,43.

deben considerar: constituciones, leyes, reglamentos, políticas y programas estatales, decisiones de instancias judiciales y cuasi judiciales, estudios e investigaciones de instituciones académicas y de organizaciones de la sociedad civil e inclusive informes de medios de comunicación²⁸. Debe analizar exhaustivamente todas estas fuentes, desde que cada una entrega información diversa sobre la situación de las personas con discapacidad en un determinado Estado. Por ejemplo, aunque los informes de medios de comunicación puedan carecer de objetividad, estos entregan un buen antecedente sobre las actitudes de la sociedad hacia las personas con discapacidad, lo que igualmente es relevante en la protección de los derechos de las personas con discapacidad.

El segundo paso que realizan los observadores consiste en el análisis de la información recabada, mediante ello los actores debieran determinar si los Estados cumplen con sus obligaciones en relación con los derechos de las personas con discapacidad, por lo que debe existir un manejo completo de La Convención, como también del marco conceptual que la acompaña, por parte del observador, para que así él pueda efectuar un diagnóstico acertado sobre la adecuación institucional y normativa a las disposiciones de La Convención por parte de un determinado Estado. Frente a esto se hace referencia a la terminología de **respetar, proteger y cumplir** los derechos establecidos en La Convención²⁹, que es precisamente la obligación que tienen los Estados parte.

Finalmente, en el último paso, el observador de derechos humanos debe presentar documentación e informes, junto a las medidas correctivas y de seguimiento que se deben implementar. Estas dos etapas son la concreción del análisis jurídico de la información, es decir, es el resultado del diagnóstico ejecutado en un determinado Estado, que desemboca en la documentación e informes que dan cuenta de la situación de derechos humanos de las personas con discapacidad en dicho territorio, los cuales, a su vez, decantan en las medidas correctivas y de seguimiento que dichos ordenamientos deben adoptar, según la realidad descrita en los informes, con el objetivo de corregir las vulneraciones a los derechos de las PcD que se hayan podido constatar. Es importante destacar que en ambas etapas debe tenerse en cuenta el principio de participación, explícitamente incluido en La Convención, esto implica que, cuando sea factible, los observadores deberán verificar con las PcD y las organizaciones que los representan que en la presentación de la información se haya resumido de forma adecuada y suficiente la situación de derechos humanos en que se encuentran dichas personas y que, en términos generales, dichos sujetos se encuentren de acuerdo con las recomendaciones sobre medidas

²⁸ Ídem.

²⁹ ACNUDH. op cit. pp, 59

correctivas³⁰. A pesar de lo anterior los observadores deben ponderar el imperativo de la participación con los aspectos prácticos y políticos de la labor de derechos humanos³¹.

Habiendo clarificado lo anterior es que pasaremos a analizar los mecanismos internacionales de vigilancia de La Convención, los cuales se encuentran a cargo de un órgano especializado, creado por La Convención, denominado Comité Sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, el cual es el objeto del subtítulo siguiente.

1.4.2. Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

El Comité es un órgano independiente de expertos instituido por La Convención en su artículo 34, llamado a desempeñar las funciones descritas en el instrumento. El comité se encuentra compuesto, actualmente, por un total de 18 expertos según lo reglado en el artículo 34 N° 2, los cuales *“desempeñarán sus funciones a título personal y serán personas de gran integridad moral y reconocida competencia y experiencia en los temas a que se refiere la presente Convención”*³².

En lo que respecta a sus funciones, podemos señalar que se encuentran dispersas en los artículos 35 y siguientes de La Convención, como también existen algunas menciones en el Protocolo Facultativo del instrumento.

En primer lugar, debemos mencionar lo que es la función medular que debe cumplir el Comité como mecanismo de vigilancia en el cumplimiento de La Convención, esto es la consideración de los informes presentados por los Estados parte y la posterior elaboración de las observaciones y recomendaciones en base a dicho informe.

Es una obligación de los Estados miembro entregar, en un plazo de dos años desde la entrada en vigencia de La Convención en dicho Estado, *“un informe exhaustivo sobre las medidas que hayan adoptado para cumplir sus obligaciones conforme a la presente Convención y sobre los progresos realizados al respecto”*³³. Además de dicho informe inicial, los Estados parte deben presentar informes ulteriores al menos cada cuatro años, como también en las demás ocasiones que el Comité se lo solicite, así lo establece el artículo 35 N° 2. Adicionalmente la norma inmediatamente posterior nos advierte que es el Comité es el que posee la función de decidir las directrices aplicables al contenido del informe.

³⁰ ACNUDH. op cit. pp, 68.

³¹ Ídem.

³² Artículo 34 N° 3 de La Convención.

³³ Artículo 35 N° 1 de La Convención.

Otro punto relevante respecto de la elaboración de informes por parte de los Estados se encuentra contenido en el artículo 35 N° 4, esta norma invita a los miembros a que la preparación del informe se realice mediante un procedimiento abierto y transparente y tengan debidamente en cuenta lo dispuesto en el artículo 3 N° 4, esto es, lo relativo al principio de participación por parte de las personas con discapacidad y las organizaciones que lo representen, reafirmando la necesidad de participación en esta materia concreta.

Para finalizar lo relativo al contenido y elaboración del informe, mencionaremos la regla del artículo 35 N° 5, que destaca que en el informe se pueden incluir factores y dificultades que afecten el grado de cumplimiento de las obligaciones contraídas en virtud de la presente Convención.

Una vez terminado el informe por parte del Estado miembro este se presentará al Comité por medio del secretario general de Naciones Unidas. Al recibir el informe, el órgano debe analizarlo y en base a ello *“hará las observaciones y recomendaciones que estime oportuno respecto de ellos y se las remitirá al Estado parte de que se trata”*³⁴. De esta manera el Comité participa en un dialogo constructivo con los Estados sobre la aplicación de la Convención y el cumplimiento de las obligaciones emanadas del instrumento, en ese sentido, el rol que cumplen las observaciones y recomendaciones es fundamental ya que retroalimentan al Estado sobre las medidas necesarias encaminadas a mejorar y fortalecer la aplicación de La Convención.

Es necesario mencionar que los Estados parte deben dar amplia difusión pública tanto a sus informes en sus propios países, como también a las observaciones generales y recomendaciones efectuadas por parte del Comité. Por otro lado, dichos informes también deben estar a disposición de todos los Estados miembro, tarea que debe efectuar el secretario general de la ONU. La raíz de ambos imperativos de publicidad se encuentra en los artículos 36 N° 4 y 3 respectivamente.

Una segunda función que el Comité se encuentra llamado a cumplir consiste en la cooperación entre este y los Estados miembros. El artículo 37 establece que el Comité debe ayudar a sus miembros a cumplir su mandato, como también tomar debidamente en consideración medios y arbitrios para mejorar la capacidad nacional de aplicación de La Convención.

En tercer lugar, el comité puede hacer declaraciones con fuerza legal, denominadas observaciones generales, para aclarar disposiciones específicas de La Convención o cuestiones que se planteen en la aplicación de La Convención³⁵. Así las observaciones generales cumplen con el papel de esclarecer aún más el sentido del instrumento. La potestad para emitir dichas resoluciones emana del artículo 47

³⁴ Artículo 36 N° 1 de La Convención.

³⁵ ACNUDH. Op. cit., pp, 32.

del Reglamento del Comité, donde se señala que estas cumplen el papel de “*promover su aplicación ulterior y ayudar a los Estados parte a cumplir sus obligaciones*”.

En cuarto lugar, debemos mencionar una función que tiene su génesis en el Protocolo Facultativo de La Convención, nos referimos al hecho de que este instrumento habilite al Comité para recibir denuncias de particulares, conocidas como comunicaciones, por la violación de cualquier disposición de La Convención contra una persona o grupo de personas por parte de un Estado que haya ratificado el Protocolo.

Lógicamente es necesario que el Estado del cual proviene la comunicación haya ratificado el Protocolo para que el Comité sea competente sobre dicha denuncia, así lo establece explícitamente el instrumento en su artículo 1 N° 2. Adicionalmente estas cuentan con ciertos requisitos de admisibilidad, o más bien el artículo segundo³⁶ del Protocolo detalla circunstancias en las que se considerará a las comunicaciones inadmisibles, dicho listado no se debe entender de manera copulativa, es decir basta la concurrencia de una de sus hipótesis para que el órgano deba considerar inadmisibile la denuncia.

Tras recibir una comunicación, y antes de llegar una conclusión sobre el fondo de ésta, el artículo 4 habilita al Comité para remitir al Estado parte interesado una solicitud para que adopte las medidas provisionales necesarias a fin de evitar daños irreparables. Con posterioridad examinará las comunicaciones en sesiones privadas, según dicho examen el órgano hará llegar sus sugerencias y recomendaciones al Estado interesado y al comunicante, en caso de que las hubiere, así lo establece el artículo quinto del Protocolo.

Finalmente, la última función del Comité que abordaremos consiste en la obligación de dicho órgano de informar, cada dos años, al Consejo económico y social y a la Asamblea General de la ONU. El artículo 39 establece que el Comité debe informar a dichos órganos sobre “*sus actividades y podrá hacer sugerencias y recomendaciones de carácter general basados en el examen de los informes y*

³⁶ La norma plantea 6 supuestos: a) Sea anónima; b) Constituya un abuso del derecho a presentar una comunicación o sea incompatible con las disposiciones de La Convención; c) Se refiera a una cuestión que esté siendo examinada o ya haya sido o esté siendo examinada de conformidad con otro procedimiento de investigación o arreglos internacionales; d) No se hayan agotado todos los recursos internos disponibles, salvo que la tramitación de esos recursos se prolongue injustificadamente o sea improbable que con ellas se logre un remedio efectivo; e) Sea manifiestamente infundada o esté insuficientemente sustanciada; f) Los hechos objetos de la comunicación hubieran sucedido antes de la fecha de entrada en vigor del presente Protocolo para el Estado parte interesado, salvo que esos hechos continuasen produciéndose después de esa fecha.

datos recibidos de los Estados Parte en la Convención". Dichas sugerencias y recomendaciones se incluirán en el informe del Comité, junto con los comentarios de los Estados Parte.

1.4.3. El Caso Chileno

Habiendo concluido lo anterior pasaremos a analizar el proceso de vigilancia de aplicación de La Convención en el Estado chileno en la práctica, lo que supone, como ya hemos visto, la revisión de los mecanismos nacionales e internacionales de vigilancia en la aplicación de La Convención. Debido a lo anterior es que hay que tener en consideración todo lo dicho previamente sobre el Comité y su función como órgano de control sobre la aplicación de La Convención, como también lo dicho respecto del proceso de seguimiento nacional. Con dicho objetivo revisaremos el informe inicial entregado en virtud del artículo 35 por Chile, y con posterioridad, es esencial analizar las observaciones generales efectuadas por el Comité a propósito de dicho informe.

Pero antes de abordar el fondo del informe inicial realizado por Chile, existen ciertas cuestiones que debemos mencionar. Primero, como ya hemos señalado, el Estado chileno concluye la ratificación de La Convención el 29 de julio de 2008, fecha desde la cual comienza a correr el plazo de dos años para la entrega del informe en virtud del artículo 35. En segundo lugar, que dicho informe fue recibido recién el 14 de agosto de 2012, es decir el Estado chileno incumplió parcialmente la obligación relativa a la entrega del informe inicial desde que lo entregó en un plazo de 4 años y no 2 como establece el instrumento. Esta cuestión no es menor, puesto que da cuenta de una negligencia que afecta el grado de cumplimiento de La Convención por nuestro país.

Ahora pasaremos a analizar el informe inicial en sí. Por cuestiones de extensión no podemos abordar la totalidad de los puntos que en él se abarcan, debido a ello nos enfocaremos en el área que nos compete, esto es el derecho al reconocimiento a la capacidad jurídica e igual reconocimiento ante la ley por parte de las personas con discapacidad, como también ciertas cuestiones generales que también son relevante para propósitos de la investigación. También debemos señalar que si bien con anterioridad circunscribimos la entrega del informe a los mecanismos internacionales de vigilancia, con ello nos referíamos a la entrega de este al Comité y el control que dicho órgano ejerce al entregar observaciones y recomendaciones en base al documento, lo cual obviamente no obsta que en dicho informe se incluya información referente al proceso de seguimiento nacional. Este suele ser el caso en la mayoría de los informes presentados en virtud del artículo 35 y el informe chileno no es ninguna excepción, de esta manera el documento nos servirá de fuente para el análisis de los mecanismos tanto nacionales como internacionales de vigilancia.

El informe chileno fue elaborado en el marco de una comisión interinstitucional conformada por el SENADIS, el Ministerio de Desarrollo Social y la Dirección de Derechos Humanos del Ministerio de Relaciones exteriores³⁷. El documento se divide en cuatro partes. Primero una introducción que aborda cuestiones generales sobre el diagnóstico de la situación de los derechos de las personas con discapacidad en el Estado. La segunda parte aborda las disposiciones generales de La Convención, y con ello el grado de cumplimiento que existe respecto de dichos propósitos, principios, objetivos y obligaciones generales. La tercera aborda los derechos en específico, es decir los derechos humanos tutelados desde el artículo 5 en adelante de La Convención, en ese sentido el Estado chileno se exploya sobre el estado de la garantización de dichos derechos en el territorio nacional. Finalmente, la cuarta parte aborda ciertas obligaciones específicas que le competen al Estado chileno, entre las cuales se refieren al proceso de seguimiento nacional.

En lo relativo a cuestiones introductorias es necesario destacar que el informe afirma que la evolución del tratamiento de la discapacidad hacia un modelo social se produjo con antelación a la entrada en vigencia de La Convención³⁸, así el documento señala que a la fecha ya existían “*instrumentos, legales, políticos e institucionales destinados a hacer efectiva la plena integración social de las personas con discapacidad*”³⁹. El Estado afirma que desde 1990 se observa una marcada acción pública en beneficio de la igualdad de oportunidades de las PcD, así se aprecia una evolución progresiva que ha supuesto el abandono de los modelos tradicionales y asistenciales, y que por lo tanto se encuentra en sintonía con la evolución experimentada por el derecho internacional que transita hacia un enfoque de derechos⁴⁰.

En el sentido anterior, el instrumento destaca la elaboración y publicación de la Ley N° 19.284⁴¹ que estableció normas para la plena integración de las personas con discapacidad, la cual afirman se encuentra basada en la adopción por la Asamblea General de Naciones Unidas de las Normas Uniformes sobre igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad⁴². Se destaca la importancia de dicho cuerpo legal desde que adopta un enfoque de la discapacidad que supera el enfoque biomédico, incorporando el contexto en el que se desenvuelven las PcD, abarcando por primera vez todos los aspectos de la vida de estos sujetos de derecho⁴³. De esta manera la ley habría

³⁷ Chile. “Informe Inicial para el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad”.2012. pp, 8.

³⁸ Chile. op. cit. pp, 6.

³⁹ Idem

⁴⁰ Idem.

⁴¹ Ley publicada en el diario oficial el 14 de enero de 1994.

⁴² Resolución 48/96 adoptada el 20 de diciembre de 1993 en el 85° Periodo de Sesiones de la Asamblea General de las Naciones Unidas.

⁴³ CHILE. op. cit. pp, 7.

permitido *“dejar de concebir a la discapacidad como un problema que afecta sólo a las personas que la presentan y sus familias, sino que debe ser abordada por la sociedad en su conjunto”*⁴⁴. Más allá de si lo anterior es efectivo en la realidad nacional, debemos destacar que dicho horizonte coincide con lo postulado por el modelo social de la discapacidad en el sentido de colocar la preponderancia en la responsabilidad social de la discapacidad, tal como ya lo hemos repetido en variadas ocasiones. Adicionalmente la Ley aportó con la creación de una nueva institucionalidad pública, el Fondo Nacional de la Discapacidad (Fonadis), que fue llamado a administrar los recursos disponibles en favor de las personas con discapacidad.

Para concluir los aspectos introductorios relativos al informe podemos afirmar que el documento caracteriza a la sociedad chilena como una que se encuentra en transición a la igualdad de oportunidades de las PcD⁴⁵. Es decir, el documento considera que existe un proceso de cambio cultural que se ha fomentado y materializado mediante transformaciones normativas e institucionales y que se encuentra en sintonía con los nuevos paradigmas planteados desde del derecho internacional.

Habiendo señalado lo anterior pasaremos a analizar lo contenido en el informe relativo al proceso de aplicación y seguimiento nacional. Lo primero es señalar que es el SENADIS el servicio público que cumple con el objetivo de promover la igualdad de oportunidades, inclusión social, participación y de accesibilidad de las PcD, este organismo es el llamado a velar por el cumplimiento de las disposiciones legales y reglamentarias en materia de protección de los derechos de las PcD⁴⁶, entre las cuales debemos considerar, directa o indirectamente⁴⁷, a la Convención.

Ahora, el SENADIS no se encarga sólo del proceso de seguimiento, el órgano se relaciona con otros actores que se encuentran involucrados en la aplicación del instrumento. Se relaciona con el presidente de la República por intermedio del Ministerio de Desarrollo Social y lidera la labor de coordinación de las políticas nacionales en discapacidad, al amparo del Comité interministerial de Desarrollo Social, como también cuenta con el apoyo del Consejo Consultivo de la Discapacidad⁴⁸.

Debemos agregar a lo anterior, la labor de seguimiento realizada por el SENADIS, mediante trabajo intersectorial, en conjunto con entidades del sector público, privado y asociativo⁴⁹. De esta manera se

⁴⁴ Ídem.

⁴⁵ CHILE. Op cit. pp. 9

⁴⁶ CHILE. Op cit. pp. 54.

⁴⁷ Directamente en el sentido de los derechos que se encuentran garantizados en el instrumento y que forman parte de las normas jurídicas nacionales e indirectamente en el entendido que la norma ha servido de base para la promulgación de múltiples normas en materia de discapacidad.

⁴⁸ Ídem.

⁴⁹ Ídem

pretende elaborar alianzas estratégicas que fomenten el avance en la inclusión social de las PcD en áreas como cultura, deportes, educación e inserción laboral que permitan hacer efectiva la plena integración de estos sujetos de derecho. Este punto resulta relevante desde que destaca que existen ámbitos de la plena integración de las PcD que requieren cooperación del mundo privado, lo cual a su vez resulta armónico con la comprensión de la discapacidad como un problema de la sociedad en su conjunto.

Finalmente, el informe destaca (que en ese momento era recién una iniciativa) la creación de la Subsecretaría de Derechos Humanos en el Ministerio de Justicia. Entidad pública que se encuentra encargada de coordinar todos los esfuerzos que el Estado realiza en materia de derechos humanos, asumiendo la responsabilidad en la elaboración de planes, programas y acciones relativas a la promoción y protección de los derechos humanos⁵⁰. En este sentido este órgano ha pasado a encargarse de elaborar directrices sobre el desarrollo y garantización de los derechos humanos reconocidos por el Estado chileno, entre los cuales obviamente debemos considerar el catálogo contemplado en La Convención.

Entonces, teniendo en cuenta lo anterior, podríamos señalar que, en relación a los mecanismos de vigilancia nacional, el Estado chileno ha cumplido, al menos formalmente, con la disposición contenidas en el artículo 33 N° 1 de La Convención. Pero no debemos dejar de destacar una cuestión preocupante, nos referimos a que el informe chileno no hace alusión a la designación de mecanismos independientes que mandata el artículo 33 N° 2, como tampoco hace alusión al papel que cumplió la sociedad civil, y en particular las personas con discapacidad, en los mecanismos de vigilancia nacional, siendo que el mismo N° 3 establece la necesidad de participación en dichos mecanismos, lo que coincide con el principio de participación que ya hemos abordado.

Hemos señalado que, en lo que respecta a los derechos específicos, la extensión no nos acompaña para abordar la totalidad de ellos, pero obviamente no podemos dejar de abordar lo que comenta el informe en relación a la norma vertebral de La Convención para propósitos de la presente investigación, nos referimos al artículo 12 del instrumento, que consagra el derecho al igual reconocimiento como personas ante la ley de las PcD.

El apartado comienza haciendo referencia al artículo 1° de la Constitución, al ser una norma matriz en la materia, la disposición señala “*Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos*”, de esta manera establece el denominado principio de igualdad ante la ley, frente al cual las PcD obviamente no son excepción. Adicionalmente el mismo artículo en su inciso cuarto señala que es

⁵⁰ Ídem.

deber del Estado “*dar protección 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*”. El apartado señala que estos deberes se deben complementar con las obligaciones internacionales adquiridas por el país al suscribir tratados⁵¹, por lo que las disposiciones de La Convención en materia de igual reconocimiento como personas ante la ley deben ser consideradas para propósitos de interpretación del alcance de las obligaciones estatales en la materia.

El Estado chileno también hace referencia al artículo 55 del Código Civil, que establece “*Son personas todos los individuos de la especie humana, cualquiera sea su edad, sexo, extirpe o condición (...)*”. Es relevante la mención ya que con ello el informe hace alusión al derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, el cual, como hemos visto, se consagra en el N°1 del artículo 12.

El apartado concluye abordando el punto más relevante y controversial, esto es lo relativo al reconocimiento de la capacidad jurídica. El documento señala que el ordenamiento jurídico chileno distingue, como ya hemos visto, entre dos tipos de capacidad; de goce y de ejercicio, siendo la primera inalienable y, por el contrario, la segunda puede verse suspendida en ciertas hipótesis⁵². Adicionalmente el informe destaca la regla del artículo 1447 del Código Civil que establece la distinción entre incapaces absolutos y relativos, la norma señala que los primeros son los dementes, impúberes, sordos o sordomudos que no pueden darse a entender claramente⁵³, y los segundos son los menores adultos y los disipadores. La incapacidad es absoluta desde que los actos de dichas personas nunca pueden generar efectos jurídicos, en cambio los actos de las personas que son incapaces relativos pueden generar efectos bajo determinadas condiciones. Finalmente, el informe señala que para que la incapacidad absoluta genere los efectos que la norma determina es necesario que la persona sea declarada en interdicción mediante el procedimiento judicial correspondiente⁵⁴, el informe es claro al señalar que de cumplirse dicha hipótesis nos encontramos ante un régimen de sustitución de la voluntad.

Ya analizamos con anterioridad el alcance de la obligación al reconocimiento de la capacidad jurídica que establece La Convención, en dicho momento afirmamos que ella no distingue entre tipos de capacidad, por lo que mal podría ser una justificación la distinción entre capacidad de goce y de ejercicio para privar de cualquiera de ellas a las PcD. La capacidad es una y estas personas tienen

⁵¹ CHILE. op cit. pp. 24.

⁵² Ídem.

⁵³ Como se puede apreciar casi todas las hipótesis de incapacidad absoluta reconducen a algún tipo de discapacidad intelectual o sensorial.

⁵⁴ CHILE. op. cit. pp, 25.

derecho a ella en **igualdad de condiciones con los demás**, en este sentido es claro que la declaración de interdicción, que genera el efecto de incapacidad absoluta de la persona que es sometida al procedimiento, atenta contra el artículo 12 de La Convención. El mismo estado chileno parece reconocerlo al afirmar que dicha hipótesis habilita un régimen de sustitución de la voluntad, los cuales, como sabemos, contrarían lo establecido por el modelo social de la discapacidad. En dicho sentido parece ser evidente que las normas relativas a la incapacidad jurídica requieren un proceso de adecuación a las disposiciones del tratado.

Habiendo revisado las cuestiones relevantes para propósitos de la presente investigación contenidas en el informe es que debemos pasar a estudiar lo que el Comité ha señalado respecto a este documento en sus Observaciones Finales sobre el Informe Inicial de Chile.

Ya hemos señalado que el Comité es el órgano que concentra las potestades relativas a los mecanismos de vigilancia internacional, en este sentido debe quedar claro que la retroalimentación que dicho órgano genera mediante dichas Observaciones finales al informe inicial, supone la materialización de los mecanismos internacionales, en otras palabras la vigilancia internacional se concretiza y traduce en las observaciones y recomendaciones contenidas en el informe efectuado por el Comité, lo que obviamente es válido respecto de cualquier Estado y no sólo de Chile.

1.4.3.1. Observaciones Finales del Comité al Informe Inicial de Chile

El Comité aprueba sus observaciones finales en su 255^a sesión, celebrada el 13 de abril de 2016. Para analizar dicho informe utilizaremos la misma estructura mediante la cual abordamos el informe inicial de Chile, es decir, nos referiremos primeramente a cuestiones generales que es necesario mencionar, con posterioridad en lo relativo a los derechos específicos solamente abordaremos las menciones al artículo 12 y finalmente estudiaremos lo señalado respecto de las obligaciones específicas del Estado de Chile.

Primero empezar por los aspectos positivos que el Comité reconoce al informe inicial del Estado de Chile. El órgano destaca tres aspectos positivos que se deben destacar de las políticas efectuadas por el Estado en materia de discapacidades; en primer lugar, destaca el cambio institucional que supuso la creación del SENADIS; en segundo lugar, valora la aprobación de la inclusión de la discapacidad en la Ley N° 20.609, que Establece Medidas contra la discriminación; finalmente, se reconoce la

creación del Instituto Nacional de Derechos Humanos, por ser esta una instancia autónoma cuyo mandato consiste en la promoción y protección de los Derechos Humanos⁵⁵.

Con posterioridad el informe aborda las principales áreas de preocupación y recomendaciones, para lo cual genera una división entre, lo relativo a los principios y obligaciones generales, y los derechos específicos. Respecto a lo primero debemos señalar que el documento incluye 6 observaciones y recomendaciones.⁵⁶

- 1) En el primer punto, el Comité **observa** y manifiesta su preocupación relativa a la persistencia del modelo médico y a la falta de armonización legislativa en términos de nomenclatura sobre la discapacidad, desde que instrumentos legales, como el Código Civil o la Ley N° 20.422, persisten en el uso de terminología tales como “invalidez”, “demente” e “incapaces”.
- 2) En segundo lugar, el Comité **recomienda** la adopción de un plan por parte del Estado chileno que tenga como finalidad la armonización plena de su legislación y política, incluyendo la CPR y el CC, al espíritu de la Convención para alcanzar la necesaria compatibilidad con el instrumento y así promover el modelo social de la discapacidad.
- 3) En tercer lugar, el Comité **observa** que los criterios para calificar y certificar la deficiencia no están estandarizados ni en armonía con La Convención, desde que se basan sólo en la deficiencia, sin considerar las barreras que enfrentan las personas con discapacidad.
- 4) En cuarto lugar, el Comité **recomienda** al Estado chileno que revise los criterios para la clasificación y certificación de la discapacidad, y asegurar que estos reflejen un modelo basado en los derechos humanos de las personas con discapacidad.
- 5) En quinto lugar, el Comité **observa** que las consultas a personas con discapacidad no son vinculantes en la adopción de políticas y programas que les afectan, y manifiesta su preocupación en ese sentido.
- 6) Finalmente, el Comité **recomienda** al Estado parte que adopte un mecanismo vinculante de consulta permanente a personas con discapacidad, a través de sus organizaciones, en la adopción de transformaciones políticas y normativas.

Como se puede apreciar, en realidad son 3 grandes temas los que aborda el Órgano en lo relativo a las obligaciones y principios generales, pero respecto de cada uno de esos temas distingue entre las observaciones y las recomendaciones, por ello cada recomendación debe analizarse en miras a la observación que le antecede.

⁵⁵ CRPD. Observaciones Finales al Informe Inicial de Chile. 2016. pp. 1.

⁵⁶ Ídem.

Ya hemos señalado que la extensión no nos acompaña para estudiar las observaciones y recomendaciones en torno a todos los derechos en específico, por lo cual abordaremos meramente lo dicho sobre el artículo 12, donde se abordan cuatro puntos, dos observaciones y dos recomendaciones⁵⁷ que pasaremos a analizar a continuación.

- 1) En primer lugar, el Comité observa con preocupación la vigencia del Código Civil que establece la incapacidad de personas con discapacidad, así como la ley 18.600 que regula el proceso de declaración de interdicción con base a la certificación de un psiquiatra.
- 2) En segundo lugar, el Comité solicita al Estado de Chile que derogue toda disposición legal que limite parcial o totalmente la capacidad jurídica de las PcD adultas, y adopte medidas concretas para establecer un modelo de toma de decisiones con apoyo que respete la autonomía, voluntad y preferencias de las PcD, para así armonizar el derecho doméstico con el artículo 12.
- 3) En tercer lugar, el Comité observa con preocupación que las PcD no tengan derecho al consentimiento informado, particularmente aquellas declaradas interdictas o institucionalizadas por razón de discapacidad mental, en el caso de tratamientos médicos o intervenciones quirúrgicas irreversibles, tal como se dispone en el artículo 15 de la Ley N° 20.584.
- 4) En cuarto lugar, el Comité recomienda al Estado de Chile que revise y derogue las disposiciones que restringen el consentimiento libre e informado de todas las personas con discapacidad, incluyendo a las que fueron declaradas interdictas, o quienes se encuentren institucionalizadas, y se adopten las regulaciones necesarias para el ejercicio de dicho derecho.

De esta manera, consideramos que lo mencionado por el Comité, mediante sus observaciones finales, se encuentra en clara sintonía con lo que hemos afirmado en relación al igual reconocimiento jurídico de las personas con discapacidad, esto es que las PcD tienen derecho al pleno reconocimiento de su capacidad jurídica sin distinción alguna, por lo que cualquier disposición que limite parcial o totalmente su capacidad atenta directamente contra el artículo 12 y el espíritu de La Convención. Por lo tanto, el régimen de interdicción por demencia nacional atenta directamente contra las garantías contempladas en el instrumento desde que este supone la imposición de un régimen de sustitución de la voluntad de la PcD.

⁵⁷ CRPD. op. cit. pp, 4.

Para concluir con las observaciones finales efectuadas por el Comité nos referiremos a lo que el órgano señaló respecto del proceso de aplicación y seguimiento nacional en la parte relativa a las obligaciones específicas del Estado. En ese sentido el Comité solamente efectúa una observación que se acompaña de una recomendación.

El Comité observa que el Estado parte no ha designado el mecanismo independiente de supervisión del cumplimiento de La Convención que el artículo 33 N° 2 exige, así como tampoco se ha definido el rol de la sociedad civil, particularmente de las organizaciones de PcD, en la aplicación y supervisión de dicho cumplimiento⁵⁸. En esa línea, el órgano solicita al Estado parte que designe el mecanismo independiente que cumpla con los principios relativos al estatuto de las instituciones nacionales de promoción y protección de los derechos humanos, para la supervisión del cumplimiento de La Convención. También le recomienda que involucre de manera importante a las organizaciones de PcD, tanto en la implementación como en el monitoreo. En este sentido debemos destacar que ya habíamos mencionado, al analizar del informe inicial, que resultaba preocupante la falta de designación de un mecanismo independiente, como también la carencia de mención a la participación de la sociedad civil y las organizaciones representativas de las PcD.

1.5. Aplicabilidad del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el ordenamiento jurídico nacional.

Una de las cuestiones medulares que debemos abordar para propósitos de la presente investigación, consiste en la determinación del espacio que ocupa el Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el sistema de fuentes del ordenamiento jurídico nacional. La tarea es de suma importancia, debido a que su respuesta determina directamente el valor normativo que le reconoceremos a La Convención, y, por tanto, de las obligaciones que emanan del instrumento.

Dicha tarea no es sencilla, una de las razones que la complejiza radica en que las fuentes del DIDH son diversas, debido a lo anterior la forma en que se incorpora el derecho internacional al ordenamiento doméstico difiere según la fuente de la cual provenga⁵⁹, así es necesario distinguir entre fuentes de distinta naturaleza como son; el derecho internacional consuetudinario, el derecho

⁵⁸ CRPD. Op. cit., pp. 10.

⁵⁹ BENADAVA, Santiago. "Nuevos enfoques del derecho internacional". 1992. pp, 27.

internacional convencional, las normas de *ius cogens* y las resoluciones de organismos internacionales, donde cada una de ellas tiene una aplicabilidad distinta en el ordenamiento nacional. En ese sentido no es nuestra intención abordar la incorporación de todas las fuentes del derecho internacional, sino que nos abocaremos al análisis del derecho internacional convencional y las resoluciones de los organismos internacionales, lo anterior debido a una cuestión lógica; las normas del DIDH que son objeto de la presente investigación pertenecen ya sea a (1) La Convención sobre los Derechos de las Personas con discapacidad o (2) a resoluciones del Comité sobre los Derechos de las Personas con discapacidad.

1.5.1. Derecho Internacional Convencional

La cuestión relativa a la posición que ocupan los tratados en nuestro ordenamiento requiere un examen sobre dos temas relacionados pero distintos: (1) lo relativo a la forma en que el texto del tratado adquiere carácter normativo en el ordenamiento jurídico interno y (2) lo que se refiere a la posición que deba atribuirse a sus efectos normativos dentro del ordenamiento jurídico⁶⁰.

En lo que concierne al primer punto, debemos señalar que la Constitución es la norma fundante que determina la validez de las normas internas y la aplicabilidad de las normas internacionales en el derecho interno⁶¹. El cuerpo legal original de 1980 se refería, en su artículo 82 N° 2, a la negociación, firma y ratificación del tratado, atribuciones que recaían (y aún recaen) sobre el Presidente de la República, pero no contemplaba ninguna definición respecto al procedimiento de incorporación de los tratados internacionales, de tal manera que estos adquieran carácter normativo en el ordenamiento, solamente existía una mención breve en el artículo 50 N° 1 que señalaba que el procedimiento ante el Congreso “se someterá a los trámites de una ley”.

Dicho vacío generó muchas complicaciones interpretativas sobre la vigencia de las normas de tratados internacionales en el territorio nacional, el cual fue llenado mediante la práctica jurisprudencial⁶². Pero los problemas que generaba la falta de una disposición en este sentido no eran remediables mediante la pura práctica judicial, fue necesaria una reforma constitucional que incorporó disposiciones que zanjaron el tema del procedimiento de incorporación. El año 2005 se efectuó dicha reforma constitucional, la cual modificó el artículo 50 N° 1 de la Constitución recién mencionado

⁶⁰ ALDUNATE, Eduardo. “La posición de los tratados internacionales en el sistema de fuentes del ordenamiento jurídico chileno a la luz del derecho positivo. 2010. pp, 191.

⁶¹ Lo cual no obsta a que los Estados no pueden incumplir obligaciones internacionales utilizando como pretexto disposiciones constitucionales.

⁶² Un ejemplo de ello se puede apreciar en: Tribunal Constitucional de Chile. Sentencia de 4 de agosto de 2000, Rol No. 309 a propósito de un requerimiento de inconstitucionalidad del Convenio No. 169 de la OIT.

incorporó el nuevo artículo 54 N° 1, ahora sería esta última norma la que regularía el proceso de incorporación, de manera mucho más específica en comparación a la antigua regla del 50 N° 1.

El artículo 54 se refiere a las atribuciones del Congreso, siendo la N° 1 “*aprobar o desechar los tratados internacionales que le presentare el Presidente de la República antes de su ratificación. La aprobación de un tratado requerirá, en cada Cámara, de los quorum que corresponda, en conformidad al artículo 66, y se someterá, en lo pertinente, a los trámites de una ley*”. Con posterioridad, en su inciso N° 5 la norma señala que “*las disposiciones de un tratado solo podrán ser derogadas, modificadas, o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo a las normas generales del derecho internacional*”.

En el sentido anterior, ambas disposiciones han dejado una cuestión en evidencia. En lo que concierne a la primera, la doctrina ha entendido que la frase “en lo pertinente” sumada a la naturaleza de los tratados, permite diferenciar a una ley de un tratado como fuentes de derecho diversas, en cuanto a su procedimiento de adopción como a su rango normativo⁶³. Hay que considerar que los tratados internacionales son actos convencionales entre los Estados u organismos internacionales, en cambio un precepto legal es la expresión unilateral de la voluntad de los órganos colegisladores de un Estado, en ese sentido, la norma, sin asimilar la naturaleza jurídica de los actos, hace aplicable la tramitación de los proyectos de ley a la aprobación de los tratados internacionales en lo que sea compatible con las particularidades de los tratados⁶⁴.

Lo que queda en evidencia con la segunda disposición que citamos, es que no forma parte de las atribuciones del congreso modificar, derogar o suspender los tratados. Una vez que estos se encuentran ratificados sólo pueden efectuarse dichas acciones a través de los mecanismos que contempla el tratado y el derecho internacional. De esta manera queda claro que una ley posterior dictada en el territorio no puede modificar la vigencia de los tratados internacionales ratificados por Chile.

Ahora es necesario abordar lo que introdujimos como la posición que debe atribuirse a los efectos normativos de las disposiciones de tratados internacionales. La respuesta tradicional a dicha interrogante ha sido abordada desde la jerarquía atribuida a los tratados, donde, incluso con anterioridad a la Constitución de 1980, existían claridades respecto al rango, al menos, supralegal de

⁶³ GARCÍA, Ana María. “Tratados internacionales según la reforma del 2005”. 2006. pp. 72 y ss; NOGUEIRA, Humberto. “Reforma constitucional del 2005 y control de constitucionalidad de tratados internacionales”. 2007. pp, 59-88.

⁶⁴ NASH, Claudio. “Derecho Internacional de los Derechos Humanos en Chile. Recepción y aplicación en el ámbito interno. 2012. pp, 17.

los tratados internacionales⁶⁵. Con posterioridad, la Constitución de 1980 tampoco incorporó una norma que clarificara el asunto, la versión original del artículo 5 solamente mencionaba “*el ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana*”. Como se puede apreciar, la norma se prestaba para confusiones, y fue posteriormente modificada en 1989, incorporándosele un inciso segundo que señala “*Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes*”.

La nueva disposición del artículo quinto generó nuevas divergencias de opinión en torno al rango que debe atribuirse a los tratados internacionales. Una diferencia importante se puede constatar entre la jurisprudencia de la Corte suprema y la del Tribunal constitucional. En tanto el primero ha afirmado el carácter constitucional e incluso supraconstitucional de los derechos humanos consagrados en instrumentos internacionales, basado en la incorporación automática de los derechos fundamentales tras la reforma de 1989⁶⁶, el segundo ha llegado a afirmar que los tratados tienen rango de ley en la pirámide normativa⁶⁷.

La conclusión a la que arribó el Tribunal Constitucional se debe a un análisis literal del procedimiento de incorporación contenido en el artículo 54 que carece de sistematicidad y, además, vuelve implausible el cumplimiento de las obligaciones emanadas de tratados internacionales. Consideramos que la opinión correcta es la de la Corte suprema y que, por tanto, los tratados internacionales de derechos humanos deben tener rango constitucional en la pirámide normativa por los argumentos que pasamos a señalar a continuación.

Por un lado, existen razones históricas para afirmar lo anterior, debido a que la enmienda de 1989 se efectúa en el término de la dictadura militar chilena y el inicio de la transición a la democracia, en ese contexto una de las necesidades imperativas era la promoción de la protección de los derechos humanos que se habían vulnerado durante años en el país⁶⁸, lo cual adquiere especial relevancia en la conformación de una futura estabilidad democrática. Además, dicho contexto nacional también se

⁶⁵ BENADAVA, Santiago. op cit. pp. 9-59

⁶⁶ Corte Suprema de Chile. “Caso Sandoval”. Sentencia 17 de noviembre de 2004, Rol 517-2004; “Caso Vásquez y otros”; Sentencia de 13 de diciembre de 2006, Rol 559-2004; “Caso Rojas”. Sentencia de 13 de marzo de 2007, Rol 3125-04, considerando 35; “Caso Rojo Espinoza”. Sentencia de 18 de junio de 2008, Rol 2054-08, considerando 1; “Caso Zapata Reyes”. Sentencia de 10 de mayo de 2007, Rol 3452-06, considerando 66; “Caso Gómez Aguilar”. Sentencia de 24 de enero de 2008, Rol 1528-06, considerando 37.

⁶⁷ Tribunal Constitucional. Sentencia de 8 de abril de 2002, Rol No. 346. Reafirmado en; Sentencia de 9 de agosto de 2009, Rol No. 1288.

⁶⁸ NASH, Claudio. op. cit. pp. 21.

circunscribe al fenómeno mundial en torno a la protección de los derechos humanos que se comienza a gestar, con mucha fuerza, después de las atrocidades de la segunda guerra mundial.

Pero el argumento más importante es normativo, y se debería llegar a la misma conclusión aun sin la enmienda de 1989. Lo anterior debido a que el original artículo 5 N° 1 establece como una limitación al ejercicio de la soberanía “*los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana*”, en este sentido ¿Qué son los derechos humanos si no derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana? Por lo que si bien puede caber duda respecto de la jerarquía de tratados internacionales que no consagran derechos humanos, es evidente que los que si los consagran deben tener rango constitucional al ser ellos un límite a la soberanía.

En el sentido anterior, se ha dicho, de manera correcta, que lo que se discute no es el rango de los tratados propiamente tal, sino que el rango de las normas que consagran derechos humanos en dichos instrumentos, incluyéndose en ellas no solamente las que los formulan, sino todas aquellas que regulan su alcance o contenido⁶⁹.

Debemos mencionar que lo relativo a la posición que ocupan los tratados internacionales que consagran derechos humanos en el ordenamiento interno no se ha abordado meramente desde la óptica de la jerarquía. En ese sentido, se ha señalado que “*más que un problema de jerarquía, el asunto se resuelve de mejor manera desde la perspectiva de la eficacia y fuerza normativa de los tratados internacionales ratificados en el ordenamiento interno*”⁷⁰. Así la autora explica que se puede construir una relación sobre la base de los tratados ratificados y vigentes como un canon de interpretación e integración de los derechos contenidos en la Constitución. De esta manera los derechos fundamentales deben ser interpretados, completados o definidos considerando lo mencionado en los tratados internacionales de derechos humanos, fijando así su real sentido y alcance.

En el sentido anterior, se generaría un sistema integrado entre los derechos fundamentales garantizados en la Constitución con los derechos humanos establecidos mediante tratados internacionales. Consideramos que esta postura es tremendamente sensata y produciría una interpretación armónica del alcance de las obligaciones emanadas de dichos tratados, lo que le otorgaría la eficacia que requieren a los derechos humanos emanados de estos instrumentos. Además, esta postura no excluye la conclusión respecto al rango constitucional de los tratados, de hecho nos parece que esto último supone un requisito de este nuevo enfoque desde que para generar un sistema

⁶⁹ NASH, Claudio, La concepción de derechos fundamentales en Latinoamérica: Tendencias jurisprudenciales. 2010. pp, 188.

⁷⁰ GALDÁMEZ, Lilibian. En “Simposio Reforma Constitucional y Derechos Humanos”. 2014. pp, 61.

integrado de derechos humanos, resulta imperativo que los derechos humanos emanados de tratados se mantengan en un pie de igualdad con los que tienen su fuente en la constitución, de lo contrario, la subordinación de los primeros ante los segundos, no garantizaría su fuerza como canon interpretativo y de integración en el ordenamiento constitucional.

Por todo lo señalado anteriormente, no podemos sino concluir que el derecho al reconocimiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad contenido en La Convención es un derecho humano que goza de rango constitucional en nuestro ordenamiento jurídico, y que además este debe servir de guía para interpretar derechos fundamentales contenidos en la constitución que se encuentran íntimamente ligados con este como son el artículo 19 N° 2 y 3 que garantiza la igualdad ante la ley y la igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos respectivamente.

1.5.2. Resoluciones de organismos internacionales

El valor de las resoluciones efectuadas por organismos provenientes de tratados internacionales no puede circunscribirse a una sola regla general que pueda ser aplicable a todas ellas de manera indistinta. La posición que ocupan dichas resoluciones suele ser relativa al valor que el propio tratado constitutivo le atribuye a los organismos u organizaciones internacionales, desde que cada uno de ellos puede poseer competencias bastante diversas según la naturaleza y objetivo del tratado.

Sin embargo, se puede señalar que existen básicamente dos tipos de resoluciones vinculantes, en primer lugar, las que obligan a los Estados en virtud de un poder conferido al organismo u organización internacional por su tratado constitutivo y, en segundo lugar, aquellas que declaran la existencia o vigencia de una norma jurídica⁷¹. Sobre las segundas solo señalaremos que, en la medida que estas solamente declaran la existencia o vigencia de una norma, el valor normativo de dicha prescripción no proviene de la resolución propiamente tal, sino de la norma que dicha resolución se contenta con reafirmar.

Respecto de la primera afirmaremos lo que ya veníamos introduciendo. El valor de dichas resoluciones proviene del que se les atribuya por parte de su tratado constitutivo, en ese sentido no podemos sino señalar que, en estricto rigor, la fuente propiamente tal radica en el tratado constitutivo, sin el cual dichas resoluciones no tendrían ninguna fuerza legal.

Por lo tanto, el valor que tengan las resoluciones del Comité depende solamente de lo que La Convención señale al respecto. En dicha línea, es el mismo instrumento el que habilita al Comité, en

⁷¹ VARGAS, Edmundo. "Derecho Internacional Público. De acuerdo a las normas y prácticas que rigen en el siglo XXI". 2007. pp, 109.

su artículo 36, para efectuar resoluciones, como las observaciones finales que se efectúan en virtud del informe inicial de los Estados parte, o en el caso del reglamento que rige su funcionamiento es el mismo artículo 35 sobre el Comité el que faculta al órgano para promulgar dichas normas, lo mismo respecto de las observaciones generales del Comité, las cuales se encuentran contempladas como atribución del órgano en virtud del artículo 47 del Reglamento.

Es por todo lo anterior, que debemos concluir que las resoluciones emitidas por el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad resultan normas vinculantes para el Estado chileno, cuya fuerza legal tiene como origen la propia Convención, por lo que el incumplimiento de los mandatos que emanan de estas trae aparejado la responsabilidad internacional del Estado. De esta manera, y considerando el rol del Comité como órgano de protección de las PcD, debemos tener claro que las resoluciones del organismo suponen una importante directriz para la interpretación de las disposiciones de La Convención, y, por lo tanto, para la determinación del alcance de las obligaciones del instrumento.

2. Capítulo Segundo: Marco normativo de las discapacidades intelectuales en el sistema jurídico chileno

Durante el capítulo anterior nos avocamos a dilucidar el estándar que se ha construido en el sistema universal de Derechos Humanos sobre el tratamiento y regulación de los derechos de las PcD en la jurisdicción nacional. Aquel estándar será el lente mediante el cual analizaremos la normativa chilena sobre discapacidades, la cual es precisamente el objeto del presente capítulo.

De esta forma, la tarea del segundo capítulo consiste en examinar las disposiciones nacionales más relevantes en el tratamiento de las discapacidades, con especial ahínco en las reglas específicas sobre discapacidad intelectual, considerando en dicho análisis el estándar construido por el DIDH, para así revisar la adecuación de dicho marco normativo a los postulados de La Convención y el modelo social de la discapacidad.

2.1. Interdicción, incapacidad y curaduría

Para lograr el propósito anterior lo primero será analizar tres instituciones fundamentales en el tratamiento de las discapacidades intelectuales, que ya hemos venido introduciendo en variadas oportunidades, pero que no hemos analizado en la profundidad que corresponde, nos referimos a la interdicción, incapacidad y curaduría.

Las tres instituciones serán analizadas de manera separada, pero debemos tener claro que estas se encuentran íntimamente ligadas en un sentido causal, dado que, de manera resumida, podemos señalar que la declaración de interdicción de una persona tiene como consecuencia directa la incapacidad absoluta de aquel sujeto objeto del procedimiento, incapacidad que trae aparejada, como respuesta por parte del sistema jurídico chileno, un tipo especial de representación del incapaz denominada curaduría.

2.1.1. Voluntad y capacidad

Voluntad y capacidad son dos conceptos cercanos para cualquier persona que tenga incluso una aproximación leve en el estudio del derecho, ambas categorías son tempranamente mencionadas en los estudios de leyes, desde que constituyen piedras angulares de la teoría general del derecho privado, y podemos rastrear la utilización de estos (en un sentido relativamente semejante al contemporáneo) inclusive al derecho romano, en ese sentido, es bastante lo que se ha escrito y discutido sobre la materia. Es por lo anterior que podríamos dedicar cientos de páginas a delimitar el alcance y evolución de dichos términos sin que ello sea garantía de un resultado satisfactorio en la tarea acometida, después de todo no seríamos los primeros en intentarlo. Pero nuestra intención no es la recién descrita, para propósitos de la presente investigación nos contentaremos con una aproximación general al

concepto de voluntad que nuestro ordenamiento jurídico contiene, este es sin duda el primer paso que debemos realizar para sistematizar la normativa doméstica relevante sobre las PcD intelectual.

Como ya hemos venido introduciendo, en nuestro país, el estudio de las materias relativas a la voluntad y la capacidad siempre se ha efectuado en el Derecho Civil, específicamente en el estudio de las personas naturales, los atributos de la personalidad y la teoría del acto jurídico. Debido a lo anterior, es que no nos debe sorprender que el significado de ambos conceptos jurídicos se encuentra íntimamente ligado a esta área del derecho, de manera que una primera aproximación a su conceptualización debe ser necesariamente desde el Derecho Civil desde que fue este el encargado de definirlos jurídicamente.

Lo primero consistirá en aproximarnos al concepto de persona, el cual es definido por nuestro propio Código Civil en su artículo 55, el cual señala “*son personas todos los individuos de la especie humana, cualquiera sea su edad, sexo, estirpe o condición*”. La última frase ratifica la idea de que no existe ningún motivo o condición válida para privar de la condición de persona a cualquier individuo de la especie humana, ya sea edad, sexo o incluso la discapacidad. En la misma línea Alessandri afirma que persona es todo individuo de la especie humana, nacido de mujer⁷².

El mismo autor afirma que la noción de persona y sujeto de derecho son sinónimos, ambas abarcan a “*todo ser capaz de tener derechos y obligaciones*”⁷³, con la aprensión necesaria de que el autor se refiere a personas naturales y no jurídicas. Agrega que para ser persona “*ningún otro requisito es menester. Ni siquiera se precisa tener plena consciencia de sí, ni estar dotado de voluntad. Los niños y los locos, aunque carecen de voluntad consciente, poseen personalidad, es decir, aptitud para tener derechos y obligaciones*”⁷⁴.

Íntimamente ligado con lo anteriormente mencionado por el autor, se encuentra la noción de personalidad jurídica, la cual definimos, durante el primer capítulo, como “*una abstracción jurídica que expresa solamente el centro de convergencia de un conjunto de derechos y obligaciones*”⁷⁵, en ese sentido, la convergencia entre las dos cuestiones mencionadas se produce desde que, la abstracción que es la personalidad es la cualidad inherente de la persona que expresa su capacidad de ser sujeto de derechos y obligaciones, esa es la esencia de la personalidad. En esa misma línea, otros autores han mencionado que la personalidad es “*la proyección del ser humano en el ámbito de lo*

⁷² ALESSANDRI, Arturo; SOMARRIVA, Manuel, VODANOVIC, Antonio. TRATADO DE DERECHO CIVIL. PARTES PRELIMINAR Y GENERAL. TOMO I. 1998. pp, 356.

⁷³ ALESSANDRI, SOMARRIVA y VODANOVIC. Op. cit., pp. 354.

⁷⁴ Ídem.

⁷⁵ LYON, Alberto. “Personas Naturales”. 1993. pp, 3.

*jurídico. Es una mera posibilidad abstracta, para actuar como sujeto activo o pasivo, en la infinita gama de relaciones jurídicas que pueden presentarse*⁷⁶, lo cual reafirma la idea que señalamos en el sentido que el actuar como sujeto pasivo o activo se traduce, jurídicamente, en la titularidad sobre derechos y obligaciones.

Ahora, a diferencia del concepto de persona, el Código Civil no entrega una definición de voluntad, lo más cercano a ello lo encontramos en el artículo 1445 que señala los requisitos para que esta sea válida y eficaz, mencionando: “*Para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad es necesario: 1º que sea legalmente capaz; 2º que consienta en dicho acto o declaración y su consentimiento no adolezca de vicio; 3º que recaiga sobre un objeto lícito; 4º que tenga una causa lícita*”.

Es interesante destacar, que a pesar de la posición central que ocupa la voluntad en el Derecho Civil chileno, la doctrina nacional no suele profundizar en una definición del concepto, los autores se remiten a analizar cuestiones como los medios bajo los cuales se expresa la voluntad, las condiciones que determinan su validez y ciertos principios que se encuentran ligados a este, como el de autonomía de la voluntad, entre otras aristas. Debido a lo anterior nos remitiremos a una definición ajena al mundo del derecho pero que de todas maneras es funcional para propósitos de la presente investigación, nos referimos a la definición que entrega la American Psychological Association, en su diccionario, donde la define como “*facultad por la que un ser humano es capaz de hacer elecciones y de determinar sus conductas frente a las influencias externas a su persona*”⁷⁷. En un sentido jurídico podríamos decir que la voluntad es la facultad de las personas para determinar sus conductas que resultan vinculantes jurídicamente y que se traducen en derechos y obligaciones para el sujeto.

A diferencia de lo que ocurre con el concepto de voluntad, nuestro Código Civil si entrega una definición de capacidad legal, esta se encuentra contenida en el mismo artículo 1445, que ya hemos citado, pero que en su inciso segundo señala “*la capacidad legal de una persona consiste en poderse obligar por sí misma, y sin el ministerio o la autorización de otra*”. La regla que establece los requisitos de validez para la manifestación de voluntad señala como el primero de ellos la capacidad de la persona, en ese sentido no podemos evitar mencionar que la carencia de capacidad de una persona limita la eficacia de sus manifestaciones de voluntad, pero no por ello la elimina, en otras

⁷⁶ TREVIÑO, Ricardo. “La Persona y sus Atributos. 2002. pp, 31.

⁷⁷ AMERICAN PSYCHOLOGICAL ASSOCIATION. “Diccionario de la Asociación Americana de Psicología”. Disponible en: <https://dictionary.apa.org>. Traducción de nuestra autoría.

palabras, la incapacidad de una persona determina la ineficacia de su voluntad, pero no su inexistencia.

El punto anterior se erige sobre la base de una distinción conceptual que ya introducíamos durante el primer capítulo, nos referimos a la diferencia entre capacidad de goce y capacidad de ejercicio. Sobre ello lo primero que debemos señalar es que la definición de capacidad legal, recién citada del inciso segundo del artículo 1445, es comprensiva del concepto de capacidad de ejercicio, pero no de la capacidad de goce. La capacidad de goce, a diferencia de la capacidad de ejercicio, es un atributo de la personalidad consustancial a la persona, el concepto civil de persona no puede ser efectivo si carece de la capacidad de goce, en ese sentido el mismo Alessandri señala que *“los conceptos de personalidad y capacidad de goce se implican recíprocamente: no hay persona sin capacidad de goce, y capacidad de goce sin persona”*⁷⁸. Lo señalado por Alessandri se encuentra en consonancia con lo mencionado sobre el concepto de persona cuando señalábamos que este es toda ser capaz de ser titular de derechos y obligaciones, en este sentido la categoría que abarca dicha facultad es, precisamente, la capacidad de goce. La idea de la capacidad de goce como atributo consustancial a la persona reafirma que la personalidad jurídica es inherente a todos los individuos de la especie humana, y que, aunque se pueda restringir el ejercicio de los derechos y obligaciones a determinados sujetos y bajo condiciones específicas, nunca se puede restringir la posibilidad de gozar de dichos derechos y obligaciones desde que ello es una característica esencial de la persona.

El artículo inmediatamente siguiente se preocupa de establecer la regla general en torno a la capacidad jurídica en el ordenamiento jurídico chileno, esta es que toda persona es legalmente capaz, exceptuando aquellas que la propia ley declare incapaces, es decir, la regla general es la capacidad, que se presume respecto de todos los individuos, debiendo probarse las incapacidades. El artículo siguiente es el que establece las excepciones a dicha regla general, distinguiendo entre la incapacidad absoluta y relativa, siendo la primera una incapacidad donde los actos de dichas personas *no producen ni aun obligaciones naturales*, en cambio, la incapacidad relativa es aquella donde los actos del sujeto *pueden tener valor en ciertas circunstancias y bajo ciertos respectos*.

La incapacidad que resulta relevante para propósitos de la presente investigación es la absoluta, debido a que, según el artículo 1447, las personas absolutamente incapaces son; *los dementes, los impúberes y los sordos o sordomudos que no pueden darse a entender claramente*, en ese sentido es lógico que este sea el tipo de incapacidad que nos concierne desde que la categoría de demencia es la que representa, en el ordenamiento chileno, lo que hemos definido como discapacidad intelectual, por

⁷⁸ALESSANDRI, SOMARRIVA y VODANOVIC. Op. cit., pp. 404.

lo que las personas con este tipo de discapacidad se encuentran sometidos a una incapacidad absoluta en nuestro sistema jurídico. Debemos aprovechar de señalar que la utilización de una nomenclatura como demente denota un lenguaje peyorativo propio de otro momento histórico, que debiese ser eliminado de nuestro ordenamiento jurídico, así lo ha señalado también el Comité en las recomendaciones que ya hemos mencionado durante el primer capítulo.

Como ya señalamos, la capacidad de goce es un atributo de la personalidad inherente al concepto de persona, irrenunciable e inmodificable para cualquier individuo. Debido a esto es lógico que la incapacidad absoluta de una persona solamente puede afectar la capacidad de ejercicio de la misma, pero nunca la capacidad de goce, la incapacidad absoluta implica que el sujeto no podrá actuar jurídicamente de manera autónoma, lo que se merma con la representación legal del sujeto por parte de un tercero capaz que pasa a, valga la redundancia, representar al incapaz en sus actuaciones jurídicas, pero cuyos actos se radican y generan sus efectos en el mismo incapaz, por lo que, si bien no puede ejercer sus derechos por sí mismo, si goza de los derechos y obligaciones que puedan emanar de las actuaciones del representante.

En el párrafo anterior introducíamos una idea importante con la que es necesario concluir el presente apartado sobre voluntad y capacidad, con esto nos referimos al hecho de que las normas relativas a la capacidad son consideradas normas de orden público dentro de nuestro ordenamiento jurídico. Avelino León señala que dichas normas tienen esta característica desde que *“estas leyes interesan a la sociedad en general y son de las que tienen por objeto asegurar el normal funcionamiento del orden social. Por ser de orden público los derechos que crean son irrenunciables. Y sus preceptos son imperativos, de manera que los particulares no pueden modificarlas”*⁷⁹. Es por lo anterior que ninguna convención entre particulares puede modificar o renunciar a las reglas establecidas sobre capacidad de goce o de ejercicio, toda convención en dicho sentido sería nula absolutamente, desde que atentaría contra normas de orden público que afectan a la sociedad en su conjunto y no solamente al renunciante.

2.1.2. Interdicción

Habiendo construido un esquema general en torno a la voluntad y la capacidad en nuestro ordenamiento, es que pasaremos a analizar la institución de la interdicción, la cual contempla, como ya hemos mencionado, la mal llamada demencia como una de las causales que gatillan su declaración, y si bien existen otras causales que generan el mismo efecto, a nosotros nos compete la demencia

⁷⁹ LEÓN HURTADO, Avelino. LA VOLUNTAD Y LA CAPACIDAD EN LOS ACTOS JURÍDICOS.1979. pp, 294-295.

desde que esta es, erradamente, la nomenclatura que nuestro Código adopta para lo que hoy entendemos como discapacidad intelectual o cognitiva y psicosocial.

La demencia no se encuentra definida en nuestro Código Civil, la jurisprudencia de nuestros tribunales la ha entendido como “*la situación en que se encuentra una persona que, por alteración de sus facultades mentales, carece de la aptitud necesaria para dirigir su persona o para administrar sus bienes*”⁸⁰. La definición anterior considera un punto importante, el hecho de que la falta de aptitud del demente para administrar competentemente sus actos debe reconocer su causa en una enfermedad mental. De esta manera si el individuo carece de dicha aptitud por otra causa, no es enfermo mental ni incapaz, como sería el caso, por ejemplo, en que se encontraría una persona por el efecto del alcohol o de las drogas⁸¹. Lyon Puelma nos advierte, correctamente, que todo demente es, sin duda, enfermo mental, pero no todo enfermo mental es considerado demente por nuestro ordenamiento jurídico, el autor afirma que, adicional a la enfermedad, es necesario que esta afecte al individuo de tal manera que le impida dirigir su persona y administrar sus bienes⁸². Este punto es tremendamente relevante para propósitos de la presente investigación, debido a que el estudio jurisprudencial que realizaremos durante el tercer capítulo se encontrará dirigido a comprobar la premisa que señala Lyon Puelma, es decir, examinaremos si los tribunales efectivamente realizan un juicio sobre la idoneidad de la discapacidad intelectual para impedir al sujeto y por tanto para declararle demente y, con posterioridad, interdicto.

Ahora, respecto a la interdicción, lo primero que debemos señalar es que nuestro Código Civil no entrega una definición de interdicción, en la misma situación se encuentra nuestro Código de Procedimiento Civil, que no se refiere específicamente al procedimiento. Lo que sí contiene nuestro Código Civil, en su título XXV, son las denominadas “*Reglas relativas a la curaduría del demente*” donde encontramos las menciones más relevantes relativas a esta materia.

El artículo 456 del título mencionado señala 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*”, dicha norma es lo más cercano que podemos encontrar a una definición de interdicción, la que ya habíamos introducido, durante el primer capítulo, como el procedimiento que depara en la incapacidad de la persona con discapacidad intelectual, y que, por tanto, supone la privación de la administración de todos sus bienes. El artículo siguiente establece que “*cuando el niño demente haya llegado a la pubertad, podrá el padre de familia seguir cuidando de su persona y sus bienes hasta la*

⁸⁰ CORTE DE CONCEPCIÓN. 27 de agosto de 1986. “Gaceta”, t. Nº2 Nro. 3325, pág. 613.

⁸¹ LYON PUELMA, Alberto. Op. cit, pp, 166.

⁸² Ídem.

mayor edad; llegada la cual deberá precisamente provocar el juicio de interdicción". De esta manera, mediante la conjugación de ambas normas, queda en evidencia que la interdicción es un estado que afecta solamente al adulto que se encuentra en una condición habitual de demencia.

La RAE define la interdicción como "*acción y efecto de interdecir*"⁸³, lo que a su vez significa vedar o prohibir, en una segunda acepción que parece más cercana al mundo del derecho, el organismo la define como "*privación de los derechos civiles definidos por la ley*"⁸⁴. Pero una definición adecuada en términos jurídicos la podemos encontrar en Barcia Lehmann, el cual la define como "*el estado de una persona que ha sido declarada incapaz por una sentencia judicial para actuar en la vida civil en la administración de sus bienes*"⁸⁵. De la definición entregada por el autor se infiere que la interdicción de una persona limita sus efectos a la administración de sus bienes, de hecho, el autor agrega; "*para la mayoría de la doctrina la interdicción solo afecta los actos y contratos patrimoniales, de manera que la interdicción no produce efectos respecto de los actos no patrimoniales y tampoco en materia de capacidad contractual*"⁸⁶

Lo planteado por el autor no es completamente cierto desde que nuestro ordenamiento contempla efectos para la interdicción que sobrepasan lo estrictamente patrimonial. Un primer ejemplo de ello lo podemos encontrar en nuestra carta fundamental, la cual en su artículo 16 suspende el derecho a sufragio de los interdictos por demencia, derecho que, como sabemos, es civil y político, siendo totalmente ajeno a lo patrimonial. Otro ejemplo lo podemos encontrar en la Ley de Matrimonio Civil, la cual en su artículo 4º, que enumera los requisitos del matrimonio, señala la capacidad de las partes como requisito para su conformación, por lo que un interdicto claramente no podría contraer matrimonio, derecho que, si bien forma parte del derecho privado, no es estrictamente patrimonial. También podríamos mencionar la norma del artículo 1012 del Código Civil que prohíbe al interdicto ser testigo del otorgamiento de un testamento, o la norma del artículo 2319 del mismo cuerpo legal que los imposibilita para cometer delitos o cuasidelitos. El razonamiento anterior se ve confirmado al apreciar que muchas decisiones en el ámbito extrapatrimonial del interdicto, finalmente, se relegan a su curador, situación que analizaremos al profundizar en la institución de la curaduría.

Ahora, es necesario señalar que, la interdicción debe ser declarada mediante sentencia judicial para que genere sus efectos, en esa línea, la jurisprudencia ha señalado que la interdicción "*puede conceptuarse como el estado de una persona que ha sido declarada por sentencia judicial, incapaz*

⁸³ Real Academia de La Lengua Española. "Diccionario de la Lengua Española, versión electrónica 23.4"

⁸⁴ Idem

⁸⁵ BARCIA LEHMANN, Rodrigo. "Lecciones de Derecho Civil Chileno. Tomo I, del acto jurídico". 2007. pp, 72.

⁸⁶ Op. cit., pp. 73.

*de ejercitar actos jurídicos, privándola de la administración de sus bienes, previo el juicio correspondiente*⁸⁷, la definición resulta bastante semejante a la citada de la doctrina, pero reafirma de manera correcta la necesidad de un procedimiento judicial que examine el cumplimiento de la causal que habilita su declaración.

En el ordenamiento jurídico chileno existen tres procedimientos para declarar la interdicción de una persona con discapacidad intelectual; a) el juicio de interdicción, contencioso, de lato conocimiento, al que se refieren el CC y el CPC; b) el procedimiento voluntario de interdicción consagrado en la Ley N° 18.600 que Establece normas Sobre Deficientes Mentales; c) el procedimiento administrativo excepcional contemplado en esta misma última ley. Es importante resaltar que, independiente de la vía mediante la cual se declare la interdicción, los efectos de esta son los mismos⁸⁸; la incapacidad absoluta de la persona con discapacidad intelectual.

La diferencia que habilita la tramitación mediante los procedimientos voluntarios se encuentra determinada por la existencia de la certificación de la discapacidad intelectual, vigente e inscrita en el Registro Nacional de la Discapacidad, faltando dicha certificación la declaración solo podrá intentarse mediante el juicio contencioso de lato conocimiento. Los procedimientos voluntarios serán analizados con posterioridad cuando revisemos la ley 18.600, por lo que ahora solamente nos referiremos a la tramitación contenciosa.

La tramitación del procedimiento contencioso debe efectuarse mediante las reglas del juicio ordinario contenidas en el libro II de CPC, Lathrop señala que *“Ello se deduce a falta de norma que ordene sustanciación especial o sumaria de forma expresa y de la redacción de ciertos artículos como, por ejemplo, el artículo 460 del CC (Según este el juez debe “informarse” de la conducta habitual y vida anterior de la persona lo que hace inferir la necesidad de un juicio de lato conocimiento)*⁸⁹.

Ahora, la persona que pretenda demandar a la persona con discapacidad intelectual debe poseer legitimación activa para efectuarla. La respuesta a dicha legitimación la encontramos en el artículo 459 del CC, donde se afirma que *podrán provocar la interdicción del demente las mismas personas que puedan provocar la del disipador*, dicha norma hace referencia al artículo 443 del CC, donde claramente se expresa que *el juicio de interdicción del disipador puede ser provocado por el cónyuge*

⁸⁷ Corte de Apelaciones de Concepción, Rol 240-2008.

⁸⁸ LATHROP, Fabiola. “Discapacidad intelectual: análisis crítico de la interdicción por demencia en Chile”. 2019. pp, 126.

⁸⁹ Op. cit., pp, 125.

no separado judicialmente, por cualquiera de sus consanguíneos hasta en el cuarto grado, y por el defensor público, de manera que estos mismos son los legitimados en el caso del “demente”.

2.1.3. Curaduría

Ya hemos señalado que la declaración de interdicción por demencia contempla entre sus efectos, primero la incapacidad absoluta de la persona con discapacidad, y consecuentemente el nacimiento de un tipo especial de representación denominada curaduría, que será el objeto que pasaremos a tratar a continuación.

Podemos encontrar una definición legal de curaduría en el artículo 338 del CC donde, junto a las tutelas, se definen como *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 del padre o madre, que pueden darle la protección debida*. Ramos pazos nos explica que la diferencia entre la tutela y la curatela se encuentra determinada; en primer lugar debido que las tutelas se dan a los impúberes, en cambio las curatelas a los menores púberes, al resto de los incapaces y también a simples patrimonios; y en segundo lugar debido a que la tutela impone la obligación de velar por la persona y los bienes del pupilo, en cambio, la curatela puede referirse o no a la persona, puede versar simplemente sobre la administración de los bienes⁹⁰. Evidentemente lo que a nosotros nos concierne son las curatelas, desde que estas son las que se imponen a los incapaces absolutos distintos de los menores impúberes, como es el caso de los “dementes”.

Nuestro ordenamiento contempla varios tipos de curaduría; a) curadurías generales; b) curadurías de bienes; c) curadurías adjuntas; d) curadurías especiales. Sobre ellas es necesario señalar que la curaduría que gatilla la interdicción por demencia es una curaduría general, así lo señala explícitamente el artículo 342 del CC, donde se contemplan cuatro casos de este tipo de curaduría, siendo la segunda la mal llamada demencia.

El artículo 353 del mismo cuerpo legal distingue entre curadurías testamentarias, legítimas y dativas según el origen del nombramiento del curador (testamento, ley o el juez respectivamente), pero luego, en el artículo 373, establece que toda curaduría debe ser discernida, lo que significa que debe ser declarada judicialmente, por lo que independiente del origen del nombramiento del curador debe existir una declaración judicial de este, lo que resulta coincidente con la incapacitación jurídica de la persona afectada mediante la declaración de interdicción⁹¹. Sobre esto debemos señalar que, en

⁹⁰ RAMOS PAZOS, René. “Derecho de Familia, Tomo II”. 2005. pp, 576.

⁹¹ SILVA BARROIHLET, Paula. “La capacidad jurídica de las personas con discapacidad intelectual, régimen jurídico chileno y bases para su modificación”. 2014. pp, 203.

general, la curaduría del demente suele tener una fuente legal, pero nada obsta que en ciertas hipótesis estas puedan ser testamentarias o incluso dativa.

En el caso de que la curaduría sea legítima, el artículo 462 del CC establece un orden de prelación para quienes se deferirá la curaduría del demente, señalando: *1) A su cónyuge no separado judicialmente; 2) a sus descendientes; 3) a sus ascendientes, pero el padre o madre cuya paternidad o maternidad haya sido determinada judicialmente contra su oposición o que esté casado con un tercero no podrá ejercer el cargo; 4) a sus hermanos; y 5) a los otros colaterales hasta en el cuarto grado.* La norma agrega dos cuestiones: en primer lugar, que en caso de múltiples personas en las categorías antedichas el juez determinará la persona más idónea, y, en segundo lugar, que a falta de las personas antedichas tendrá lugar la curaduría dativa.

El ordenamiento chileno no contempla un sistema de apoyo y salvaguardas al ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad intelectual, pero podrían, en un sentido amplio, entenderse como salvaguardias indirectas a la interdicción, ciertas solemnidades o reglas que deben observarse para finalizar el proceso de interdicción y al desempeñar la curaduría⁹²: a) la necesidad de un decreto judicial que autorice para ejercer el cargo denominado discernimiento, contemplado en el artículo 373 del CC; b) previo al discernimiento, el artículo 374 obliga al curador a rendir fianza; c) el curador se encuentra obligado, por el artículo 378, a realizar inventario solemne sobre los bienes del pupilo en un plazo de 90 días desde el discernimiento; d) también debe administrar los bienes del pupilo estando obligado a la conservación de estos y a su reparación y cultivo, respondiendo hasta por la culpa leve en su administración, así lo afirma el artículo 391; e) la prohibición sobre la donación de bienes raíces del pupilo, incluso bajo decreto judicial, contemplado en el artículo 402; f) finalmente debemos mencionar la obligación del curador de indemnizar al pupilo en caso de remoción, y la posibilidad de perseguir penalmente al mismo por los delitos que haya ejercido en su cargo, así lo establece explícitamente el artículo 544.

La curaduría es una institución que históricamente se ha justificado en la protección del pupilo que se somete a representación, la supuesta carencia de la aptitud necesaria para dirigir su persona y administrar sus bienes haría necesario el nombramiento del representante que se encuentra llamado a cautelar los derechos e intereses del interdicto. Pero dicho objetivo claramente no se traduce en un diseño legal e institucional que fiscalice las actuaciones que el curador efectúa en representación de su pupilo de tal manera de asegurarse que estas se encuentran en consonancia con los intereses del interdicto. Las reglas que deben observarse al finalizar el proceso de interdicción y al desempeñar la

⁹² LATRHOP, Fabiola. Op. cit. pp, 127.

curaduría resultan claramente insuficientes para lograr el objetivo planteado, estas protegen solamente las infracciones más graves que se pueden generar en este tipo de representación, sin entregar más mecanismos que hipotéticos juicios para establecer la responsabilidad del curador, lo cual obviamente resulta tremendamente costoso, en varios sentidos, para el pupilo. La tutela de los derechos de las PcD requiere un diseño legal e institucional mucho más complejo que el existente, el cual no asegura una protección mucho más eficaz que las reglas generales de responsabilidad sobre representación de una persona. Es precisamente por estas cuestiones que La Convención ha señalado enfáticamente la necesidad de transitar hacia modelos de apoyo a la voluntad del discapacitado, puesto que los modelos de sustitución de la voluntad no entregan mayores garantías sobre el respeto de los intereses de la persona con discapacidad que la buena fe del curador.

2.2. Marco normativo

Ahora, para profundizar en el marco normativo nacional sobre discapacidades, es necesario abordar las leyes especializadas en la materia. Para lograr el propósito anterior son, principalmente, tres las leyes que debemos abordar: en primer lugar, profundizaremos en la ya mencionada Ley N° 18.600 que “Establece normas sobre deficientes mentales”; en segundo lugar, la Ley N° 19.284, la cual “Establece normas para la plena integración de las personas con discapacidad; y, finalmente, la Ley N° 20.422 que “Establece normas para la plena integración de las personas con discapacidad. Desde ya haremos una prevención respecto de la Ley N° 19.284; esta se encuentra prácticamente en su totalidad derogada por la Ley N° 20.422, ambas regulan prácticamente las mismas materias, siendo el objetivo de esta última precisamente actualizar la regulación que ofrece la primera, acorde a los nuevos estándares sobre la materia.

2.2.1. Ley N° 18.600 “Establece normas sobre deficientes mentales”

La ley N° 18.600 fue publicada el 19 de febrero de 1987, desde entonces hasta la fecha ha sido modificada en cuatro oportunidades: la primera modificación fue efectuada por la Ley N° 19.735 el año 2001, una segunda de la mano de la Ley N° 19.954 en el año 2004, la tercera modificación es responsabilidad de la Ley N° 20.255 del año 2008, y finalmente, el año 2017 se realiza su última modificación por la Ley N° 21.015. De esta manera, si bien dicha ley se encuentra vigente a la fecha, su texto actual tiene diferencias importantes respecto del texto original.

La relevancia del presente cuerpo legal se encuentra determinada, fundamentalmente, por el establecimiento del procedimiento voluntario, alternativo al contencioso, para la declaración de interdicción por demencia. Pero, aunque la regulación de dicho procedimiento es lo medular en dicha ley, también es cierto que ella establece otros derechos a favor de las PcD intelectual o psicosocial que es necesario abordar.

Es necesario hacer una aprensión respecto a la Ley que ya puede haberse inferido de su título; el campo de aplicación de dichas normas no es la totalidad de las discapacidades, es un cuerpo legal especializado, que se preocupa específicamente de regular cuestiones relativas a la discapacidad intelectual o psicosociañ, por lo que debemos considerar que sus reglas no resultan aplicables para discapacidades que tienen su origen en deficiencias físicas o sensoriales. La ley tiene, igualmente, un objeto determinado, el cual consiste en resguardar los derechos a la prevención, rehabilitación y equiparación de oportunidades de las personas con discapacidad mental, lo que a su vez declara como deberes para su familia y la sociedad⁹³.

La Ley 18.600 carece de una división en títulos o de cualquier tipo de subdivisión que nos permita introducir de manera resumida los temas que en esta se tratan. Se compone de 20 artículos acuñados bajo el mismo título de la ley, estando, algunos de ellos, derogados a la fecha. A pesar de lo anterior, creemos que, a grandes rasgos, se podría señalar que existen tres tipos de normas en la ley: a) normas que consagran derechos a favor de las personas con discapacidad intelectual que versan, en su mayoría, sobre el diagnóstico, la prevención, rehabilitación y la integración; b) normas que contienen mandatos a determinadas instituciones sobre el tratamiento que ellas deben tener en cuestiones relacionadas a este tipo de discapacidades; c) normas que consagran los ya mencionados procedimientos alternativos para la declaración de interdicción y el establecimiento de la curaduría.

Comenzaremos el análisis por rescatar una norma que escapa a las categorías recién mencionadas, nos referimos al artículo 2, regla sumamente importante por contener una definición de discapacidad intelectual, esta señala “*se considera persona con discapacidad mental a toda aquella que, como consecuencia de una o más limitaciones psíquicas, congénitas o adquiridas, previsiblemente de carácter permanente y con independencia de las causas que la hubieren originado, vea obstaculizada, en a lo menos un tercio, su capacidad educativa, laboral o de integración social*”, en su inciso segundo agrega las circunstancias en que se entiende reducida la capacidad en un tercio, lo que se establece en relación a una persona de la misma condición social, cultural y etaria, y acorde a un instrumento validado por la OMS. La definición acuñada por el mencionado cuerpo legal es criticable desde que claramente contiene una orientación acorde a los principios del modelo médico, poniendo la preponderancia en las deficiencias del individuo, y no en las limitaciones que impone la sociedad, en ese sentido ya hemos mencionado como La Convención ha criticado la conceptualización de la discapacidad desde el modelo médico, señalando la necesidad de adoptar el paradigma del modelo social de la discapacidad.

⁹³ SILVA BARROIHLET, Paula. Op. cit, pp. 159

De las categorías recién construidas, las normas relativas a los denominados procedimientos alternativos de interdicción nos interesan especialmente dado que el objeto de la investigación es la declaración de interdicción, sus distintos procedimientos y su adecuación a los estándares que consagra La Convención. Adicionalmente la jurisprudencia que analizaremos en el tercer capítulo emana del procedimiento judicial que contempla ley, por lo que este es especialmente relevante. El otro procedimiento es de carácter administrativo y también será revisado con posterioridad.

El procedimiento judicial de la ley es el que introdujimos como procedimiento voluntario de interdicción por demencia, lo que de por sí es paradójico puesto que no es precisamente por voluntad de la PcD que inicia dicho procedimiento, pero dicha denominación apunta al hecho de que este procedimiento judicial tiene un carácter no contencioso. El procedimiento voluntario se encuentra establecido en el inciso segundo del artículo 4 de la ley, este señala *“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 19.284, y previa audiencia de la persona con discapacidad, decrete la interdicción definitiva por demencia y nombre definitivo al padre o madre que lo tuviere bajo su cuidado permanente... 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”*.

Lo primero que debemos señalar sobre dicho procedimiento, es que un requisito esencial de este es que la discapacidad de la persona que se pretende declarar interdicta debe estar certificada e inscrita en el RnD. El mismo artículo 4 señala, en su inciso primero, que la constatación, calificación, evaluación y declaración de la discapacidad mental, así como la certificación de la misma, se hará conforme al procedimiento contemplado en el título II de la Ley N° 19.284, título que a la fecha se encuentra derogado por la Ley 20.422, la cual pasa a regular dicha materia en su propio título II, por lo que debemos entender que la Ley 18.600 se refiere, actualmente, a esta última ley. Por lo mismo profundizaremos en la certificación de la discapacidad cuando analicemos dicha ley, por ahora basta con comprender que la certificación e inscripción de la discapacidad es un requisito del procedimiento voluntario.

Otro requisito que posee el procedimiento dice relación con una cuestión de legitimación activa, desde que la norma claramente señala que son los padres quienes pueden solicitar la declaración de interdicción acorde a dicho procedimiento, y solo en su ausencia podrán requerir los parientes más cercanos, la norma no señala un grado de parentesco necesario, por lo que faltando los padres y siendo el pariente más cercano debiera existir legitimación para requerir.

El tercer requisito, consiste en que el solicitante, además de poseer la legitimación activa, debe tener al requerido bajo su cuidado permanente, la norma señala explícitamente ello respecto de los padres, por lo que mal se podría inferir que ello no es aplicable para el resto de los parientes.

Ahora, si bien el procedimiento tiene carácter voluntario, este puede tornarse contencioso si es que existe oposición de legítimo contradictor⁹⁴, entendiendo por este aquella persona que tiene derecho a oponerse a la solicitud voluntaria, lo que apunta a una cuestión de legitimación activa y de prelación de la curaduría. Por ejemplo, si es que los hijos de una PcD solicitan su interdicción, el cónyuge no separado podrá oponerse legítimamente a dicha declaración tornando el asunto en contencioso.

Finalmente, es necesario mencionar que los efectos de la declaración según dicho procedimiento contempla ciertas excepciones a la sustitución absoluta de voluntad de la PcD. El inciso segundo del artículo 4 hace aplicable las disposiciones del artículo 440 y 453 del CC relativas a la curaduría del menor y del disipador respectivamente, la primera permite que el curador le confíe parte de la administración de sus bienes al menor, la segunda señala que el disipador siempre conservará su libertad y tendrá la libre disposición sobre una suma de dinero para sus gastos personales. El mismo artículo también establece la posibilidad de que la persona interdicta celebre contratos de trabajo con la autorización del curador. La existencia de dichas excepciones puede considerarse positiva desde que otorga espacios de autonomía al interdicto, pero en ningún caso subsana las falencias de los regímenes de sustitución de la voluntad.

El procedimiento voluntario ha sido objeto de diversas críticas, entre ellas podemos mencionar el hecho de que este, como todo procedimiento de interdicción, supone la implementación de un régimen de sustitución de la voluntad del discapacitado, lo que contraría tanto las reglas de La Convención, como también las recomendaciones específicas efectuadas por el CRPD al estado chileno, en las cuales se solicita la modificación del procedimiento. También ha sido criticado el prácticamente nulo control judicial que existe en el procedimiento, la norma señala que el procedimiento debe efectuarse mediante una única audiencia, sin especificar el objetivo de esta, lo cual ha generado un grado importante de inseguridad sobre la naturaleza de la audiencia, desde que la norma no entrega claridad sobre el papel que debiera tener el juez en esta, la jurisprudencia, que analizaremos durante el tercer capítulo pretende entregar luces sobre dicho papel, pero podemos adelantar que algunas de ellas han afirmado que el rol del juez en dicha audiencia debiera limitarse a la constatación de los requisitos que habilitan la declaración de interdicción acorde al procedimiento, por lo que el juez no tendría

⁹⁴ Artículo 823 CPC.

espacio para rechazar el requerimiento si la parte posee legitimación, el cuidado permanente y la discapacidad se encuentra certificada e inscrita.

Bajo la interpretación recién descrita subyace una idea criticable, nos referimos a la confusión que se genera entre el diagnóstico técnico acerca de la discapacidad intelectual, materializada en el certificado emitido por el profesional de la salud que corresponda, y la valoración que el juez, conociendo de una solicitud de interdicción, debe efectuar acerca de la competencia de la persona para tomar decisiones autónomas acerca de aspectos de su propia vida⁹⁵. Como ya hemos estudiado, estas dos cuestiones son distintas, la existencia de la discapacidad intelectual no implica, necesariamente, la falta de facultades para tomar decisiones autónomas. El propósito del control jurisdiccional en la declaración de interdicción es precisamente comprobar la existencia de una causalidad entre ambos elementos, este es el presupuesto de la interdicción por demencia. Si es cierto que el juez debe limitarse a comprobar la existencia de la certificación de la discapacidad para declarar la interdicción y nombrar el curador definitivo ello implica que, en último término, estamos relegando la decisión sobre la interdicción de las personas con discapacidad intelectual a una autoridad administrativa, porque desde que existe una discapacidad intelectual certificada e inscrita, el procedimiento voluntario sería un trámite administrativo destinado solamente a comprobar la existencia de sus requisitos. Esto lógicamente resulta preocupante desde las directrices de La Convención, si es que el instrumento ya ha señalado la necesidad de derogar los modelos de sustitución de la voluntad, con mayor razón resulta contrario a su espíritu un procedimiento que implica que toda persona con discapacidad intelectual certificada debiera ser incapacitada absolutamente.

El procedimiento administrativo es una norma excepcional con un supuesto de aplicación específico. Este se encuentra contenido en el artículo 18 bis de la Ley donde se 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 se cumplan los siguientes requisitos: 1) que se encuentren bajo su cuidado permanente; 2) que carezcan de curador o no se encuentren sometidos a patria potestad; 3) Que la persona natural o jurídica no estén afectados por alguna de las incapacidades para ejercer la curaduría acorde al título XXX del CC*”.

Luego la norma nos agrega que, por el puro hecho de constar dichas circunstancias en el RND, bastará para acreditar la curaduría provisoriosa un certificado expedido por el Registro Civil. Posteriormente

⁹⁵ LATHROP, Fabiola. Op. cit. pp. 131-132.

señala que dicha curaduría durará mientras permanezca bajo el cuidado de la persona inscrita y no se designe un curador acorde a las reglas del CC, por lo que, de no cumplirse dichas condiciones, es una curaduría de duración indefinida. Finalmente, la norma establece que para ejercer esta curaduría no será necesario el discernimiento, ni rendir fianza, ni hacer inventario, solemnidades necesarias en cualquier otro caso de curaduría.

Durante el primer capítulo ya mencionábamos la preocupación que el Comité ha manifestado sobre dicho procedimiento, enfatizando sobre la necesidad de su modificación. Las críticas del Comité apuntan a estos últimos puntos mencionados, los cuales dan cuenta de una real falta de control jurisdiccional sobre la declaración de interdicción y el establecimiento de una curaduría. El hecho de que dicha representación puede tener un carácter indefinido, la falta de control judicial en la declaración y la carencia de solemnidades que se pueden entender como las únicas salvaguardas que nuestro ordenamiento entrega para garantizar la protección de los intereses de las personas con discapacidad intelectual en su representación, hacen del procedimiento uno que fácilmente puede prestarse para arbitrariedades y vulneraciones de los derechos de las personas con discapacidad intelectual. En ese sentido no podemos evitar afirmar que la existencia de dicho procedimiento contraría completamente el espíritu de La Convención, en primer lugar, puesto que facilita el establecimiento de un modelo de sustitución de la voluntad del discapacitado, y, en segundo lugar, puesto que, además de facilitarlo, elimina límites importantes a la curaduría que existen para evitar posibles abusos que se pueden generar en el ejercicio de esta.

De esta manera, podemos concluir que es imperativo revisar los procedimientos de la Ley 18.600 para lograr la adecuación del ordenamiento jurídico chileno a los postulados de La Convención. Pero también es necesario señalar que la inadecuación de la ley se extiende más allá de las cuestiones procesales, la ley tiene una clara inspiración asistencial enfocada en la pobreza más que en la discapacidad y basada en el modelo médico rehabilitador⁹⁶, lo anterior se aprecia tanto en la definición de discapacidad que entrega, como en los derechos consagrados, que apuntan, principalmente, a la rehabilitación, a la prevención y a la integración, pero sin reconocer las problemáticas asociadas a la discapacidad como un problema que concierne a la sociedad en su conjunto. Por todo lo anterior consideramos que la ley 18.600 debiese derogarse completamente de nuestro ordenamiento jurídico, especialmente considerando que los derechos a favor de las personas con discapacidad intelectual que el cuerpo legal consagra han sido protegidos de manera mucho más eficaz en la Ley n° 20.422, que es precisamente lo que pasaremos a analizar a continuación.

⁹⁶ SILVA BARROILHET, Paula. Op. cit. pp. 156.

2.2.2. Ley N° 20.422 “Establece normas sobre igualdad de oportunidades e inclusión social de personas con discapacidad”

La Ley 20.422 fue publicada el 10 de febrero del año 2010, y a la fecha ha sido modificada en cuatro oportunidades: la primera modificación fue realizada por la Ley N° 20.602 el año 2012, con posterioridad fue modificada por la Ley N° 20.927 de 2016, luego le siguió la Ley N° 20.997 del año 2017 y finalmente la última modificación fue efectuada, el mismo año, por la Ley N° 21.015, las modificaciones realizadas no afectaron disposiciones centrales de la Ley.

La Ley N° 20.422 cuenta con un total de 82 artículos, divididos en 7 grandes títulos y un título preliminar dedicado su objeto, principios y definiciones, los otros versan sobre lo siguiente: Título I “Derecho a la igualdad de oportunidades”; Título II “Calificación y certificación de la discapacidad”; Título III “Prevención y rehabilitación”; Título IV “Medidas para la igualdad de oportunidades”; Título V “Del registro nacional de la discapacidad”; Título VI “Acciones especiales”; Título VII “Del Comité de ministros y del Servicio Nacional de la Discapacidad”. Ello nos permite ilustrar, a grandes rasgos, los temas que se tratan en el mencionado cuerpo legal.

En contra de lo que uno podría creer, la promulgación de la Ley 20.422 no se puede atribuir directamente a la promulgación de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. De hecho, el mensaje de la Ley remonta al 16 de mayo de 2005, en cambio, el texto de La Convención fue aprobado recién el 13 de diciembre de 2006. El mensaje afirma que el proyecto de ley se justifica desde la necesidad de actualizar la Ley 19.284 que regulaba hasta dicho momento los derechos de las personas con discapacidad, en este sentido, habiendo transcurrido 10 años desde la vigencia de esta, el legislador destaca que se hace “*necesaria su revisión para actualizarla a los nuevos desafíos*”⁹⁷, los cuales se encuentran determinados por varias cuestiones⁹⁸; en primer lugar por la realización del primer Estudio Nacional de la Discapacidad, realizado durante el año 2004 por el Fondo Nacional de la Discapacidad, el cual aportó datos importantes sobre la realidad nacional en torno a la discapacidad, tal como el hecho de que para dicho año 2.068.072 personas presentan algún nivel de discapacidad en nuestro país, cifra que representaba el 12.9% de la población total; En segundo lugar, debido a la necesidad de poner el acento de las discapacidades en el entorno social y no sobre las deficiencias de las personas; y por último, el mensaje reconoce que existe una influencia importante desde el derecho internacional cuyos nuevos enfoques han venido plasmando, en diversos instrumentos, el principio de igualdad de oportunidades y de no discriminación, en ese mismo sentido el mensaje destaca el esfuerzo que se encontraba efectuando la ONU en dicho momento para elaborar

⁹⁷ CAMARA DE DIPUTADOS. “Mensaje Ley 20.422”. 2005. pp, 4.

⁹⁸ Ídem.

una Convención internacional comprensiva e integral para la protección y promoción de los derechos de las personas con discapacidad, reconociendo los nuevos desafíos que dichos instrumentos implican para nuestra legislación.

Ahora, lo primero que debemos abordar es el título preliminar, el cual resulta fundamental en la presente Ley desde que determina el marco conceptual que subyace en el cuerpo legal. Lo primero que se preocupa de consagrar es el objeto de la ley, el cual consiste en *“asegurar 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”*. Al comparar dicho objeto con el de la antigua ley 19.284, debemos destacar dos cuestiones que resultan valorables: en primer lugar, la presente modifica el verbo rector de la norma señalando que se pretende “asegurar” ciertos derechos, en cambio la norma derogada utilizaba el vocablo “establecer”, en relación a formas y condiciones que permitían obtener la plena integración de las PcD, ello da cuenta de una evolución en el tratamiento de la discapacidad, donde no se trata sólo de establecer condiciones que garanticen el pleno ejercicio de los derechos de dichos sujetos, sino que es necesario su aseguramiento. En segundo lugar, que norma desecha el uso de la palabra integración para reemplazarse por inclusión, esto se debe a que la primera se refiere a un proceso que lleva a facilitar la adaptación a la vida colectiva de las PcD, en cambio, la inclusión entiende que la sociedad construida desde un enfoque de derechos humanos supone por esencia que toda persona es parte de la sociedad⁹⁹.

El cuerpo legal también se preocupa de establecer ciertos principios a los que se debe dar cumplimiento en la aplicación de la Ley, estos son: vida independiente, accesibilidad universal, diseño universal, intersectorialidad, participación y diálogo social, los cuales se encuentran definidos en el artículo 3 de la Ley en cuestión. Adicionalmente el principio de participación y diálogo social se ve reforzado mediante el artículo 2, el cual establece dicho principio como una forma de dar cumplimiento al objeto de la Ley, fomentando la valoración en la diversidad humana y dándole el reconocimiento de persona que dichos sujetos merecen en atención a su dignidad humana. Es importante destacar que la totalidad de dichos principios se encuentran contemplados directa o indirectamente en La Convención, los principios de vida independiente, accesibilidad universal y participación y diálogo social son enunciados explícitamente en el artículo 3 del instrumento, en cambio, los principios de diseño universal a intersectorialidad, consideramos que tienen una

⁹⁹ SILVA BARROIHLET, Paula. Op cit., pp. 93.

consagración implícita, desde que se derivan del principio de igualdad de oportunidades, también contenido explícitamente en La Convención.

Una norma fundamental, que resulta necesario citar textualmente es el artículo 5 del cuerpo legal, el cual consagra la definición de discapacidad que contempla la ley: *“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 los demás”*

Al contrastar la definición contenida en la Ley con la entregada por La Convención queda en evidencia que ambas son prácticamente idénticas, existen dos diferencias importantes entre ambas definiciones¹⁰⁰; la primera consiste en que la definición de la ley presenta la novedad de señalar que las deficiencias pueden ser temporales o permanentes, en cambio, La Convención estipula que estas deben ser “de largo plazo. En segundo lugar, la ley señala que la consideración de discapacidad se limita a las deficiencias ahí mencionadas, mientras que La Convención estipula que “incluye” a personas con dichas deficiencias, sin limitarse estrictamente a ellas. Dichas diferencias no resultan problemáticas para los estándares del instrumento, por lo que consideramos que la definición de nuestro ordenamiento se ajusta a La Convención, desde que pone el acento en las barreras del entorno y no en el individuo, optando por un modelo social en desmedro del modelo médico que imperaba en la antigua Ley N° 19.284 y en la Ley N° 18.600

El cuerpo legal se encuentra destinado a las PcD, por lo que la definición entregada nos permite delimitar el ámbito de aplicación de la Ley. Pero para que esta resulte aplicable a una determinada persona no basta la concurrencia de una discapacidad, el artículo 4 señala claramente que para acceder a los beneficios y prestaciones de la Ley es necesario que dicha discapacidad se certifique conforme a las reglas del Título II de la misma, y se inscriba con posterioridad en el Registro Nacional de la Discapacidad.

Habiendo mencionado ello es que podemos concentrarnos en analizar el procedimiento de certificación de la discapacidad, cuestión fundamental que habíamos pospuesto al abordar la Ley 18.600.

¹⁰⁰ Op. cit., pp. 95.

2.2.2.1. Calificación y certificación de la Discapacidad

Lo primero que es necesario establecer es que la calificación y la certificación de la discapacidad son dos procesos separados, el artículo 13 de la Ley 20.422 establece que corresponde a las COMPIN, dependientes del Ministerio de Salud y a las instituciones públicas o privadas reconocidas para dichos efectos, calificar la discapacidad, en cambio, la competencia sobre la certificación de la discapacidad recae exclusivamente en las comisiones de medicina preventiva e invalidez, así lo establece el cuarto inciso del mismo artículo.

En segundo lugar, debemos señalar que la regulación específica sobre los procesos de calificación y certificación no la vamos a encontrar en el título II de la Ley 20.422, desde que el artículo 14 del cuerpo legal relega dicha tarea a un reglamento de los Ministerios de Salud y de Planificación, el cual deberá señalar la forma de determinar la existencia de una discapacidad y su calificación, dicho reglamento debe incorporar los instrumentos y criterios contenidos en las clasificaciones internacionales aprobadas por la OMS.

Pese a lo anterior, en el título mencionado si existen ciertas disposiciones generales y directrices importantes relativas a la calificación y certificación. En dicho sentido podemos mencionar; primero, que el proceso de calificación de la discapacidad debe asegurar una atención interdisciplinaria a cada persona que requiera ser calificada (Art. 13 N°2); segundo, que el proceso de calificación debe hacerse de manera uniforme en todo el territorio nacional, para garantizar con ello la igualdad de condiciones en el acceso a los derechos que la ley establece para las PcD (Art. 14 N°2); tercero, que toda persona tiene derecho a la recalificación de su discapacidad por la COMPIN, previa solicitud del interesado, solamente podrá solicitarse una vez al año dicha recalificación de no entregarse nuevos antecedentes (Art. 14 N°5); cuarto, que contra la resolución definitiva del COMPIN sobre la certificación de la discapacidad procede reclamación administrativa por parte de los interesados (Art. 16 N°3) Quinto, y finalmente, existen menciones a los plazos en que deben realizarse la calificación y la certificación, la primera deberá efectuarse dentro del plazo máximo de veinte días hábiles contado desde la solicitud del trámite, en cambio la certificación del mismo deberá expedirse dentro de los cinco días siguientes desde la fecha de la calificación (Art. 14 N° 4). Si por inactividad del interesado se paraliza por más de treinta días el procedimiento por él iniciado, la COMPIN podrá apercibirlo para que realice en el plazo de 30 días las diligencias necesarias, bajo pena de declarar abandonado el procedimiento (Art. 16 N° 2).

Mediante Decreto N° 47 el Ministerio de Salud y Planificación aprueban el mencionado Reglamento, con fecha de agosto de 2012, el cual tiene por objeto la regulación de la calificación y certificación

de la discapacidad, con la finalidad de que estos procesos sean uniformes en todo el territorio nacional¹⁰¹. El reglamento define ambos procesos, la calificación como el procedimiento por el que se evalúa y valora el desempeño funcional de la persona, considerando su condición de salud y la interacción con las barreras del entorno, y la certificación como un procedimiento médico administrativo en virtud del cual una persona cuya discapacidad ha sido previamente evaluada, valorada y calificada, obtiene de la COMPIN competente un dictamen que acredita legalmente su grado de discapacidad¹⁰².

Ahora, en lo relativo a la calificación de la discapacidad, el reglamento contiene normas generales y procedimentales. Respecto de las primeras es necesario destacar algunas: a) Para los efectos de la calificación de la discapacidad, deberá considerarse la capacidad de satisfacer las exigencias del medio respecto de un sujeto sin discapacidad de igual edad, sexo, capacitación, condición social, familiar y de igual localidad geográfica que el sujeto a evaluar¹⁰³; b) Los protocolos e instrucciones técnicas que servirán de base para la ejecución de los procesos de valoración, calificación y certificación, así como también los criterios uniformes de valoración o evaluación diagnóstica, calificación y certificación deben ser aprobados por resolución del MINSAL; c) La calificación del grado de discapacidad responderá a criterios técnicos unificados, descritos en el Manual de Valoración y Calificación de Discapacidad, que se apruebe conforme a lo señalado en la letra b) y comprenderán tanto las condiciones de salud que presente la persona y que le puede causar discapacidad, como el nivel de desempeño funcional y los factores sociales y ambientales complementarios relativos¹⁰⁴; finalmente d) para efectos de determinar la discapacidad se deberá aplicar un instrumento de valoración de desempeño en comunidad, cuya metodología y formato de aplicación será fijado por el MINSAL, el que determinará el porcentaje de limitación o restricción para las actividades o participación que la persona presenta sin diferenciar la deficiencia que lo ocasionare¹⁰⁵.

Esto último nos introduce en una cuestión importante en el reglamento y en la presente investigación: los grados de la discapacidad. El artículo 10 nos señala que *la discapacidad de una persona se calificará en grados según el alcance de la misma. Sin perjuicio de lo anterior, una persona podrá ser calificada sin discapacidad, con discapacidad leve, moderada, severa y profunda*. El reglamento define dichas categorías en base a las restricciones en la participación o limitaciones en las actividades

¹⁰¹ Artículo 1 Reglamento.

¹⁰² Artículo 4 Reglamento.

¹⁰³ Artículo 5 Reglamento.

¹⁰⁴ Artículo 7 Reglamento.

¹⁰⁵ Artículo 8 Reglamento.

propias de la edad a causa de las condiciones de salud de la persona calificada expresada en porcentajes, donde sin discapacidad implica que las limitaciones o restricciones se presentan entre un 0% a 4%, leve entre un 5% y 24%, moderada entre un 25% y 49%, severa entre un 50% y 94% y profunda entre un 95% y un 100%.

Ahora, en lo relativo al procedimiento para la calificación de la discapacidad, lo primero que debemos señalar es que este se inicia por solicitud del interesado, de las personas que lo representen o de las entidades que lo tengan a su cargo, las cuales deberán entregar la solicitud, que acompañará ciertos antecedentes del interesado, que se enumeran en el artículo 11 del Reglamento, a las entidades públicas o privadas reconocidas por el MINSAL para dichos efectos. Estas últimas deberán informar a la COMPIN competente el inicio del proceso, al momento de ingresada la solicitud.

Una vez presentada la solicitud es que comienza a correr el plazo de 20 días hábiles en el cual necesariamente se debe efectuar la calificación. Además, con dicha presentación la entidad a cargo frente a la cual se haya solicitado deberá realizar la evaluación biopsicosocial según lo dispuesto en las normas técnicas que fije el MINSAL, por resolución, elaborará un expediente del caso, que contendrá, al menos, un informe de evaluación biomédica-funcional, informe de desempeño e informe social.

Es importante destacar que el Reglamento le otorga facultades a la COMPIN durante el proceso de calificación. El artículo 14 señala que esta podrá determinar que existen razones fundadas que ameriten la realización de diligencias complementarias para la mejor resolución de la calificación, las que deberán realizarse en el mismo plazo de 20 días. Así mismo, el artículo siguiente le otorga cuatro facultades que puede efectuar para el debido cumplimiento de sus funciones, las que deben ser consideradas como ejemplos de las diligencias complementarias que puede ordenar en virtud del artículo 14, pero sin que entendamos dichas diligencias agotadas en las facultades del artículo 15.

En lo que respecta al proceso de certificación, ya hemos señalado que el COMPIN en cuyo territorio se encuentre el domicilio del interesado tiene competencia exclusiva sobre dicho procedimiento. La certificación se materializa en un documento único, diseñado y proporcionado por el MINSAL, en el cual se consignarán todos los antecedentes de identificación del interesado, de la institución responsable del procedimiento de calificación de la discapacidad, el grado de la discapacidad global, la causa principal de la discapacidad, y además se señalará la COMPIN que certifica, como el periodo de vigencia de esta.

Al finalizarse el proceso de calificación, la COMPIN competente contará con un plazo de 5 días para verificar la coherencia administrativa y técnica de la propuesta de calificación de discapacidad de la

persona, en base a ello podrá rechazarla, o bien, certificar la discapacidad rebajando o aumentando el grado de discapacidad propuesto en la calificación. Resulta interesante destacar, que el reglamento otorga al interesado la posibilidad de recurrir la certificación si es que esta se rechaza o reduce el grado de la discapacidad, pero no entrega dicha posibilidad en caso de aprobarse o aumentarse.

Desde la certificación emitida, la COMPIN remitirá los antecedentes, en un plazo de 20 días, al Servicio del Registro Civil e Identificación, para su inscripción en el Registro Nacional de la Discapacidad¹⁰⁶, lo que se encuentra en consonancia con lo señalado por el artículo 17 de la Ley 20.422.

Como se puede apreciar, si bien existen directrices en torno a la calificación y certificación de la discapacidad, tampoco existe una regulación suficientemente específica que permita garantizar una aplicación uniforme de este en el territorio, por eso precisamente es que el Comité ha manifestado su preocupación en torno al proceso de calificación y certificación en las observaciones finales que ya analizamos

Ya hemos señalado que con el mérito de la certificación vigente de la discapacidad y su inscripción en el RND es posible optar por el procedimiento no contencioso contemplado en el artículo 4 de la Ley 18.600 para la declaración de interdicción de una PcD intelectual o psicosocial, lo problemático es que esta última no distingue según grados de discapacidad, y si bien tanto la Ley 20.422, como su reglamento reconocen una gradación de la discapacidad, dicha distinción no se materializa en el procedimiento mencionado, el cual entrega la misma respuesta independientemente del grado de la discapacidad. La regla de la Ley 18.600 simplemente requiere la inscripción vigente en el Registro Nacional de la Discapacidad, pero nada dice en torno a requisitos sobre la gradación de esta, ello implica que tanto una persona con discapacidad mental leve como una con una de carácter profunda pueden ser sometidas al procedimiento no contencioso, el cual, de prosperar, generaría el mismo efecto incapacitante, y en las mismas proporciones, para ambos sujetos. Lo anterior resulta tremendamente criticable desde los estándares de La Convención desde que, además de facilitar la implementación de un modelo de sustitución de la voluntad, lo hace de manera indiscriminada para discapacidades que se enfrentan a barreras de distinta naturaleza.

Ahora, es el juez que revisa el procedimiento no contencioso quien podría compensar la falta de regulación en el sentido anteriormente mencionado, especialmente en la audiencia única destinada para dichos efectos, y es precisamente por ello que el siguiente capítulo se destinará a analizar la práctica jurisprudencial en torno al procedimiento voluntario, lo que nos permitirá verificar la

¹⁰⁶ Artículo 19 Reglamento.

veracidad de la premisa planteada en torno a una equivalencia indiscriminada entre los conceptos de discapacidad intelectual e interdicción por demencia.

Capítulo III: La Jurisprudencia del Procedimiento Voluntario de Interdicción por Demencia

Como hemos señalado con anterioridad, el propósito del presente capítulo es entregar luces sobre la práctica jurisprudencial en torno al procedimiento voluntario de interdicción por demencia, donde nos interesa especialmente el papel que desempeñan los jueces en la gestión, para comprobar el nivel de control jurisdiccional que existe. Del análisis de la jurisprudencia podremos concluir si es efectiva la equivalencia que acusábamos entre discapacidad intelectual e interdicción.

3.1 Sentencia del Tribunal Constitucional Rol 2703-2014

Comenzaremos el presente apartado abocándonos a una sentencia que no emana directamente del procedimiento voluntario de interdicción por demencia, pero cuyo origen se encuentra íntimamente ligado a este, nos referimos a la sentencia del Tribunal Constitucional Rol 2703-2014, conociendo de un requerimiento de inaplicabilidad solicitado por la jueza del Tercer Juzgado de Iquique en el contexto de un procedimiento voluntario de interdicción por demencia Rol N° V-185-2014, pidiendo la magistrada que se declare inaplicable para la gestión pendiente el artículo 4 de la Ley N° 18.600 y el artículo 456 del CC.

El procedimiento voluntario en el cual se ventila el requerimiento de inaplicabilidad es solicitado por la madre de una PcD, quien solicita se le declare interdicto por demencia de manera definitiva, acompañando con dicha solicitud la inscripción de la certificación de la discapacidad en el Registro Nacional de la Discapacidad. Según esta, el hijo posee una discapacidad que le afecta sus actividades psíquicas en un 30%, lo cual lo inhabilitaría para ejecutar sin asistencia actividades cotidianas y para administrar sus bienes y celebrar cualquier tipo de contrato, lo anterior haría necesaria la interdicción para la protección de sus intereses.

El requerimiento de la Magistrada se sustenta en una vulneración a dos disposiciones constitucionales: (1) Al artículo 19 N°2, que contiene el derecho fundamental a la igualdad ante la ley y el principio de no discriminación. (2) Al artículo 5, el cual haría aplicable el contenido de La Convención, especialmente el artículo 12 que consagra el derecho al reconocimiento de la capacidad jurídica de las PcD. De esta manera, se fundamenta que la integración de las normas de La Convención al catálogo de derechos esenciales permite sustentar que la declaración de interdicción resulta, además de una contravención directa al instrumento internacional, una discriminación arbitraria por razón de discapacidad que transgrediría el artículo 19 N°2 y también el deber de los órganos del Estado de respetar los derechos esenciales garantizados tanto en la Constitución como en los Tratados internacionales consagrado en el artículo 5 N°2.

Finalmente, el TC opta por desechar el requerimiento, desde que comprende que no existe infracción a las disposiciones aludidas por las siguientes consideraciones: a) En primer lugar, que el Tribunal ha señalado, de manera reiterada, en su jurisprudencia que los Tratados Internacionales tienen rango infraconstitucional por lo que mal podría entenderse las vulneraciones a La Convención como vulneraciones constitucionales b) Que el deber de los órganos del Estado de respetar los derechos esenciales emanados de tratados internacionales, en este caso, corresponde a los órganos colegisladores que tienen el deber de adecuar la legislación nacional a las disposiciones de La Convención c) Que el examen de inaplicabilidad por inconstitucionalidad que está llamado a efectuar el Tribunal consiste en comprobar una eventual infracción a disposiciones constitucionales producto de la aplicación de determinadas normas legales en un caso concreto, ello implica que el tribunal debe ceñirse a revisar si se genera una infracción producto de la aplicación del artículo 4 de la Ley 18.600 y el artículo 456 del CC en el procedimiento voluntario desde el que se origina el requerimiento, no revisar en abstracto la adecuación a la constitución de dichas normas d) Que dicho examen se limitará a remitirse a la supuesta infracción al artículo 19 N°2 debido a que no corresponde revisar una infracción respecto a normas de La Convención por tener dichas reglas una jerarquía infraconstitucional e) Que las vulneraciones al mencionado precepto se generan no por el puro hecho de establecer diferencias de trato a determinados sujetos, sino que estas deben tener la características de ser arbitrarias, ello es lo que determina una infracción al principio de no discriminación e igualdad ante la ley f) Que de lo argumentado por la magistrada no se desprende como la aplicación de las normas requeridas al caso concreto generarían una infracción al principio de no discriminación y al derecho fundamental a la igualdad ante la ley.

Además, el Tribunal aprovecha de argumentar, que la existencia de la institución de la interdicción por demencia no constituye una discriminación arbitraria desde que la propia Convención reconoce que las PcD adolecen de dificultades objetivas que obstaculizan su participación en igualdad de condiciones en la sociedad¹⁰⁷, por lo que no se infringe la igualdad ante la ley cuando ésta da un tratamiento distinto a personas que, por su condición física o mental, no están en condiciones de administrar libremente sus bienes y de participar activa y plenamente en la sociedad¹⁰⁸. En ese sentido el tribunal reafirma la idea tradicional en torno a la interdicción como una institución cuyo sentido es la protección del incapaz.

El tribunal ahonda en este último punto citando a la propia Convención, específicamente el artículo 12 N°3, 4 y 5, los que sabemos contienen las denominadas medidas de apoyo y salvaguardias al

¹⁰⁷ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sentencia Rol 2703-2014. Considerando decimoquinto

¹⁰⁸ Op. cit., Considerando decimosexto.

ejercicio de la capacidad jurídica, el tribunal razona que la declaración de interdicción se subsume dentro del deber convencional del estado de establecer dichas medidas y salvaguardias¹⁰⁹. Pero sabemos que lo anterior se aleja completamente del espíritu del instrumento, desde que el sentido de estas últimas es auxiliar el ejercicio de la capacidad jurídica en el contexto de regímenes de apoyo a la voluntad, mal podría la interdicción por demencia cumplir dicha función siendo que el efecto de esta es precisamente la consagración de un régimen de sustitución de la voluntad del incapaz. Es precisamente por esto último que el CRPD ha señalado la necesidad de que se elimine de nuestro ordenamiento el régimen de interdicción en las recomendaciones que ya hemos revisado.

En base a lo anteriormente expuesto, es que discrepamos en el análisis efectuado por el Tribunal Constitucional, no tanto por considerar que la aplicación de las normas requeridas genera un efecto inconstitucional en la gestión concreta, sino por el razonamiento y lectura que efectúa sobre los tratados internacionales y La Convención específicamente. En ese sentido, la primera profunda discrepancia surge debido a que, como ya hemos manifestado, adherimos a la postura según la cual los Tratados Internacionales de DDHH tienen rango constitucional en nuestro ordenamiento, de esta manera el sentido del artículo 5 consiste en permitir integrar el catálogo de derechos esenciales emanados de la constitución y de tratados internacionales de DDHH, donde ambos tienen la misma jerarquía constitucional, por lo que resultaría procedente lo expuesto por la jueza en relación a que el examen de constitucionalidad debe considerar las disposiciones de La Convención. En segundo lugar, creemos que la interpretación que el Tribunal efectúa de las normas de La Convención se aleja de su espíritu y de las recomendaciones efectuadas por el Comité a nuestro país, desde que parece ignorar que la interdicción por demencia genera un régimen de sustitución de la voluntad del discapacitado, contrario a los modelos de apoyo a la voluntad a los cuales el instrumento ha planteado la necesidad de transitar, en esa línea el tribunal comprende a la declaración de interdicción como un acto que se efectúa en beneficio del incapaz, lo que resulta contradictorio con lo planteado por La Convención y con la falta de mecanismos efectivos de control en la interdicción y la curaduría que cautelen que se actúe en el interés del incapaz. En síntesis, creemos que el TC genera una lectura forzada del instrumento para justificar la adecuación del procedimiento a La Convención, siendo que el Comité ha señalado explícitamente la necesidad de su derogación, en ese sentido el problema de dicha norma no se limita a la gestión concreta, sino que es abstracto desde que la regla no resiste un control de convencionalidad sobre las disposiciones de La Convención.

¹⁰⁹ Op. cit., Considerando vigésimo

3.2 Jurisprudencia del Procedimiento Voluntario de Interdicción por Demencia

Ahora debemos analizar la jurisprudencia del procedimiento voluntario con el objetivo de indagar en la aplicación práctica de las disposiciones relativas a la discapacidad intelectual. Pero antes de abocarnos directamente a dicha tarea, es necesario hacer ciertas aprensiones sobre su tramitación y la naturaleza de su jurisprudencia.

Lo primero que debemos señalar es que dicha jurisprudencia se caracteriza por no llegar a instancias jurisdiccionales superiores, y si lo hacen, normalmente no es debido a que exista controversia sobre la declaración de interdicción, sino debido a que existen conflictos en relación al nombramiento de curador, donde, distintos legitimados pretenden adjudicarse la curaduría definitiva del interdicto. Señalamos que normalmente no existe controversia en relación a la declaración de interdicción desde que, en base a las sentencias revisadas, podemos afirmar que prácticamente la totalidad de ellas suelen ser acogidas, al no existir contraparte mal podría ser recurrida una sentencia que concede lo pedido al solicitante, y si bien el presunto interdicto es oído en la audiencia personal que contempla el procedimiento, pero no con el objetivo de analizar su conformidad con la declaración de interdicción, sino para, en teoría, efectuar un examen sobre si su discapacidad lo priva de las aptitudes necesarias para administrar sus bienes y actuar en la vida jurídica.

Debido a lo anterior, para interiorizarnos en la aplicación del procedimiento voluntario, fue necesario remitirnos a lo que han señalado los tribunales de primera instancia, desde que son los que mayor información nos pueden entregar sobre la materia. Pese a ello existen algunas sentencias de Cortes de Apelaciones que indagan en el tema, las cuales también revisaremos.

Para cumplir dicho objetivo es que analizamos un total de 50 sentencias de tribunales de primera instancia, correspondientes a los años 2016 y 2017, que indagan en un total de 52 solicitudes de interdicción, desde que en dos de los casos el solicitante requería a dos PcD en un mismo procedimiento. Por cuestiones de extensión no podemos indagar de manera específica en cada uno de ellos, adicionalmente consideramos que aun pudiendo ello no resultaría del todo fructífero, desde que las sentencias suelen ser bastante genéricas o semejantes, y no muy extensas, sin que en ellas se ventilen grandes antecedentes respecto al caso en cuestión, de esta manera hemos podido constatar que existe una práctica relativamente homogénea por parte de los tribunales de primera instancia. Debido a lo anterior hemos decidido abordar dicha jurisprudencia de manera estadística, analizando de manera general lo que dicho grupo de sentencias nos pueden decir sobre el procedimiento voluntario de interdicción por demencia.

Lo homogéneo de la jurisprudencia se evidencia en la estructura relativamente similar que comparten las sentencias, la cual es, a su vez, descriptiva de la tramitación del procedimiento. Estas comienzan, como toda sentencia, por la parte expositiva, en la cual se limitan a resumir la solicitud de interdicción, donde el solicitante suele fundar su petición en el hecho de que el presunto interdicto tiene una discapacidad que lo inhabilita para administrar sus bienes, y que ellos, como solicitantes, tienen la legitimación activa necesaria como también cumplen los requisitos para ser nombrados curador. Con posterioridad los tribunales abordan la parte considerativa, que no suele extenderse más allá de 8 considerandos.

Un primer considerando suele reiterar la solicitud de interdicción por causa de demencia. Un segundo considerando aborda la documentación aportada por el solicitante, que debe contener, al menos, el certificado de discapacidad con su respectiva inscripción y los certificados de nacimiento del solicitante y el presunto interdicto, se pueden requerir certificados de defunciones para comprobar la legitimación activa. Un tercer considerando alude a la audiencia personal con el discapacitado, donde el juez hace referencia a la entrevista que efectúa al presunto interdicto con el objetivo de verificar su aptitud para actuar en la vida jurídica. Un cuarto considerando evidencia el diagnóstico que constata el certificado de discapacidad, como también el grado de esta, a veces se encuentran referencias a su posible reevaluación. Un quinto considerando indaga en si se puede entender verificado el parentesco necesario para la legitimación activa del solicitante. Un sexto considerando se refiere a la audiencia de parientes que se puede llevar a cabo donde se consulta a estos sobre las condiciones del discapacitado. Finalmente, un séptimo considerando donde aborda la idoneidad del solicitante para ser nombrado curador del presunto interdicto.

Obviamente la estructura recién evidenciada no se cumple al pie de la letra en cada una de las sentencias desde que algunas excepciones innovan en la forma del razonamiento o incluso se aventuran a agregar ciertas cuestiones, pero dichas consideraciones son las fundamentales y la gran mayoría de las sentencias suele agotarse en ellas.

Habiendo hecho las prevenciones anteriores pasaremos analizar lo que hemos podido abstraer de la jurisprudencia mencionada.

En primer lugar, hemos podido apreciar que la jurisprudencia del procedimiento voluntario suele referirse al requerido como “presunto interdicto”, lo que, si bien no tiene grandes repercusiones prácticas, es relevante en términos de nomenclatura, desde que de ello se entiende que la certificación de la discapacidad y el requerimiento otorgan una presunción de interdicción sobre el discapacitado. En ese sentido sería inevitable preguntarse qué tipo de presunción sería y si existiría alguna forma de

desvirtuarla, pero los tribunales no indagan en dicho punto, siendo simplemente una denominación que le entregan al requerido.

En segundo lugar, hemos podido constatar que de las 52 solicitudes de interdicción (considerando que dos procedimientos contenían dos requeridos cada una) un total de 50 fueron concedidas, lo que implica que el 96.16% de las interdicciones fueron declaradas y solo el 3.84% fueron rechazadas. Ahora, el rechazo de ambas solicitudes no se debió debido a consideraciones sobre la naturaleza de la discapacidad y las aptitudes de la PcD para administrar competentemente sus negocios. Una de ellas fue rechazada desde que el tribunal afirma que la solicitante no logró acreditar que tiene a la requerida bajo su cuidado permanente, lo que es un requisito para la declaración en virtud del inciso segundo del artículo 4 de la Ley N° 18.600, así como tampoco logró acreditar su idoneidad para el cargo de curador¹¹⁰. La segunda de estas fue rechazada debido a que la solicitante no pudo acreditar su calidad de hija de la requerida, por lo que al no estar comprobado el parentesco necesario que exige el artículo 4, el tribunal debió rechazar la solicitud¹¹¹.

En segundo lugar, en lo que respecta al género de los requeridos, hemos podido evidenciar que 29 recaen sobre mujeres, lo que representa el 65.77%, en cambio, 23 recaen sobre hombres, lo que representa el 44.23% de las solicitudes.

En tercer lugar, respecto de la edad de los requeridos, hemos construido las siguientes categorías para resumir los rangos etarios de las PcD que son sometidas al procedimiento, una primera categoría contiene a las personas de entre 18 a 20 años, la segunda a las que tienen entre 21 y 40 años, la tercera entre 41 a 60 años, la cuarta entre 61 a 80 años y la última entre 81 a 100 años. La primera categoría contiene a dos requeridos, lo que representa un 3.84% de los solicitados. La segunda 14 requeridos, lo que representa un 26,92%. La tercera 6 requeridos, lo que representa un 11.53%. La cuarta 13 requeridos, lo que representa un 25%. Finalmente, la última contiene a 17 requeridos, lo que representa un 32.69%. Es interesante evidenciar que las categorías más numerosas son la segunda y la última, lo que hemos podido explicar por el desarrollo de discapacidades mentales propias de la edad en el caso de la última, y en el caso de la segunda debido a discapacidades congénitas donde los padres suelen ser los solicitantes.

En cuarto lugar, respecto de los 50 solicitantes y en relación al parentesco que estos mantienen con el requerido, podemos afirmar que existen 6 tipos de parientes dentro de las solicitudes. Los más numerosos son hijos/hijas, que figuran como requirentes en 23 solicitudes, lo que representa un 46%.

¹¹⁰ 5° Juzgado Civil de Santiago. Rol V-20-2016, considerando séptimo y octavo.

¹¹¹ Juzgado de Letras de La Unión. Rol V-49-2016, considerando sexto.

Le siguen los padres/madres con 13 solicitudes, lo que representa un 26% de las solicitudes. Luego siguen hermanos/hermanas, que figuran como requirentes en 7 solicitudes, lo que representa un 14% de las solicitudes. También un total de 4 solicitantes eran cónyuges del requerido, lo que representa un 8%. 2 solicitudes fueron interpuestas por sobrinos/sobrinas, las que representan el 4%. Finalmente existe una solicitud interpuesta por una tía del requerido, lo que representa el 2% del total de solicitudes. Resulta interesante destacar que la amplia mayoría de solicitudes fue interpuesta por hijos de la PcD, lo que se condice con los rangos etarios mencionados en el párrafo anterior, donde el grueso de requeridos se concentraba en las últimas categorías, así mismo la segunda mayoría etaria se condice con el hecho de que la segunda mayoría en los solicitantes se encuentra en los padres de los requeridos. De esto último podemos inferir que cuando el solicitado es de mayor edad el requirente suele ser el hijo, y cuando es de menor edad suelen ser los padres.

En quinto lugar, en lo que respecta al grado de discapacidad, hemos podido apreciar que de los 52 requeridos que concentran las sentencias analizadas, un 5.78% poseen una discapacidad intelectual leve, un 73,07% una discapacidad severa y un 21.15% una discapacidad profunda. De lo anterior podemos señalar que no se cumple una preocupación que señalábamos en relación a los grados de discapacidad que poseen los requirentes, desde que no pudimos apreciar casos de requeridos con discapacidad leve, en dicho sentido al menos podemos destacar que la gran mayoría de los procedimientos recaen en PcD intelectual en las categorías que representan los mayores grados de discapacidad, liderando la severa, siguiéndole la profunda, y con pocos casos de discapacidad moderada.

En quinto lugar, indagaremos en la audiencia de parientes que mencionamos en la estructura de sentencia que dilucidamos, en dicho punto señalamos que la jurisprudencia a veces contiene menciones a dicha audiencia, y lo cierto es que dichas menciones son inconsistentes. Pudimos evidenciar que, de los 50 procedimientos analizados, solo 15 de ellas presentaron audiencia de parientes lo que representa un 30%, en cambio, 35 de ellas no mencionaban en absoluto la audiencia de parientes, lo que representa la amplia mayoría del 70% de las solicitudes. Sobre esto debemos señalar que la Ley 18.600 no contempla como requisito la realización de una audiencia de parientes para la declaración de interdicción desde que simplemente existe mención a la audiencia personal con el discapacitado, pero independientemente de ello nos parece preocupante lo inconsistente que resulta el hecho de que algunas contemplen la realización de estas y en otras ni siquiera exista una mención en la sentencia.

En sexto lugar, es importante resaltar que en algunos de los procedimientos pudimos constatar que el tribunal solicitaba informe a Defensor Público, sobre la idoneidad de la interdicción, lo cual es

incluido en la sentencia como uno de los puntos considerados para declarar la interdicción, pero eso no ocurre en la totalidad de ellas, de los casos analizados solo el 20% contiene el informe del defensor público, y el restante 80% no contiene mención alguna a él. Cabe resaltar que la totalidad de los procedimientos en que se evacuó informe de defensor público, la sugerencia de este era declarar la interdicción. Al igual que respecto de la audiencia de parientes, el informe de defensor público no es un requisito contemplado en la Ley 18.600 para la declaración de interdicción, pero igualmente resulta inconsistente que ciertos tribunales contemplen la necesidad de este y otros lo desechen.

En séptimo lugar, que ya hemos mencionado que el artículo 4 contempla como requisito para la declaración de interdicción mediante procedimiento voluntario que el solicitante sea quien tiene bajo su cuidado permanente al requerido, a pesar de ello no toda la jurisprudencia analizada señala explícitamente que dicho requisito se encuentre acreditado, si bien en un 80% de los casos pudimos constatar que se entiende acreditado el cuidado permanente desde que comparten domicilio y que el solicitante suple las necesidades de la PcD, en un 20% de los casos pudimos evidenciar a requirentes que ni siquiera comparten domicilio con el requerido, sin que el tribunal aborde de modo alguno dicho requisito, pese a ello casi todos acceden a la petición, exceptuando uno de ellos que desestima la solicitud, y que fue abordada al referirnos a la cantidad de solicitudes concedidas y rechazadas. Nos parece tremendamente criticable la presente inconsistencia constatada en la jurisprudencia, si bien no consideramos que compartir domicilio sea el único medio para probar el cuidado permanente, los tribunales debieran referirse a porqué entendieron acreditado dicho requisito legal en caso contrario, especialmente considerando que dicho motivo fue suficiente para que un tribunal desestimara la solicitud y que en otros cuatro casos donde requirente y requerido no compartían domicilio, desde que estos últimos se encontraban en instituciones mentales o casas de acogida, el juez se preocupa de señalar explícitamente que se entendió acreditado el requisito porque el requirente probó que se hace cargo de los gastos del requerido¹¹².

En octavo lugar, que como hemos mencionado, es necesario para el establecimiento de una curaduría que el curador rinda fianza a favor de su representado, pero el artículo 375 del CC faculta al juez a eximir al solicitante de dicho requisito bajo ciertas condiciones. Pudimos evidenciar, que, de las 50 solicitudes de interdicción concedidas, un 92% exime al solicitante y curador al otorgamiento de dicha fianza. Independientemente de si aquello procedía acorde a lo que señala la norma legal citada, es un dato importante desde que el otorgamiento de fianza es uno de los requisitos o solemnidades previas al otorgamiento de la curaduría que puede considerarse dentro de las pocas salvaguardias que nuestro

¹¹² 2° Juzgado Civil de Temuco. Rol V-54-2017. 1° Juzgado Civil de Temuco. Rol V-33-2017. 3° Juzgado Civil de Viña del Mar. Rol V-21-2017. 8° Juzgado Civil de Santiago. Rol V-209-2016.

ordenamiento contempla a favor de interdicto, pero como se puede apreciar en la realidad la gran mayoría de los tribunales eximen de rendir fianza al curador.

En noveno lugar, e íntimamente ligado con lo anterior, que como hemos señalado otra de aquellas salvaguardias consiste en la obligación del curador de rendir inventario solemne respecto de los bienes del pupilo, pero el artículo 380 del CC faculta al tribunal a eximir de la confección de dicho inventario si es que se probare que dichos bienes son demasiado exiguos y exigir sólo apunte privado. De nuestro análisis pudimos constatar que un 66% de las declaraciones de interdicción eximen de confeccionar inventario solemne, pero del 34% que no lo exime, solo un 14% demanda un apunte privado según lo señalado en la norma legal, sin que los otros se refieran al respecto, lo que transgrede directamente la norma citada. Adicionalmente debemos señalar que, si bien en algunos quedaba claro que los bienes eran exiguos, desde que la causa se encontraba con privilegio de pobreza, en otras que no contaban con dicha condición el juez eximía de confeccionar inventario y no se refería a la cantidad de bienes del pupilo.

Cabe resaltar que tanto respecto de la eximición de fianza como de la de confeccionar inventario lógicamente no incluimos a las dos solicitudes que fueron rechazadas, desde que en ellas no hay espacio para eximir de dichas solemnidades.

En décimo y último lugar, abordaremos una de las cuestiones más relevantes, nos referimos a lo señalado por los tribunales a propósito de la audiencia personal. Esta audiencia se traduce en una entrevista al requerido donde se le efectúan preguntas de rigor para comprobar la necesidad de la declaración de interdicción, cabe destacar que la referida muchas veces se realiza como inspección personal del tribunal en el domicilio del requerido. Lo primero que debemos mencionar es que la mención en las sentencias sobre la audiencia personal suele ser escueta, limitándose a un solo considerando, en ellos hemos podido apreciar que los tribunales parecen entender que el objetivo de la audiencia personal consiste en comprobar la discapacidad que se le atribuye al requerido, desde que las menciones sobre esta suelen agotarse en ello, por ejemplo en unos casos el tribunal se limita a señalar que “*la presunta interdicta presenta los signos y señales de la discapacidad que se le atribuye*”¹¹³, en otras podemos encontrar expresiones del tipo “*se pudo constatar la efectividad de los hechos en relación al estado de salud del presunto interdicto*”¹¹⁴, en la misma línea otros tribunales agotan su consideración al señalar “*se realiza audiencia personal donde el tribunal pudo*

¹¹³ 3° Juzgado Civil de Viña del Mar, Rol V-21-2017, Rol V-24-2017 y Rol V-157-2016.

¹¹⁴ Juzgado de Letras de La Unión, Rol V-3-2017, Rol V-53-2016, V-5-2017.

*apreciar la veracidad de la discapacidad del presunto interdicto*¹¹⁵, como último ejemplo mencionaremos que algunas sentencias se limitan a expresar que “*se realiza audiencia personal donde se pudo observar y percibir el actuar del presunto interdicto*”¹¹⁶.

El problema de lo anterior radica en que, como hemos señalado, el objetivo de dicha audiencia no debiera ser simplemente comprobar la veracidad de la discapacidad, sino analizar la capacidad del requerido para dirigirse a sí mismo y administrar competentemente sus negocios, en caso contrario estamos generando una equivalencia entre discapacidad intelectual certificada e interdicción, desde que toda PcD intelectual inscrita y requerida mediante procedimiento voluntario debiera ser declarada interdicta porque el tribunal debe limitarse a “*apreciar la veracidad de la discapacidad del presunto interdicto*”. En síntesis, nuestra crítica se traduce en que el tribunal debiera examinar en la audiencia si la discapacidad del requerido lo priva de la capacidad adecuada para administrar sus bienes, pero dicha causalidad no es necesariamente cierta en la totalidad de los casos, y el juez no puede presumir esto último, su papel es precisamente comprobar la concurrencia de dicha causalidad. Con la crítica anterior no estamos afirmando que los requeridos en los casos en cuestión no ameritan la declaración de interdicción acorde a lo requerido por la Ley, eso puede ser cierto, pero independiente de ello el tribunal no debiera limitarse a señalar que constataron que el requerido posee una discapacidad intelectual.

Un caso que no podemos evitar mencionar por contener una cuestión preocupante en relación a la audiencia personal. En uno de los casos analizados pudimos evidenciar que no se efectuó audiencia personal propiamente tal, desde que existió una entrevista al requerido, pero efectuada por un receptor judicial¹¹⁷, el cual obviamente no tiene carácter de enjuiciador. Independientemente de si el resultado de la gestión pudiera haber sido el mismo si es que la entrevista se hubiera realizado frente al juez, resulta igualmente criticable desde que los receptores no se encuentran facultados para dirigir audiencias, lo cual es propio de la actividad jurisdiccional, la razón de ser de dicha audiencia se encuentra dada por el control judicial que el tribunal se encuentra llamado a efectuar en ella, el cual no puede cumplirse si es que esta no tiene lugar frente a juez. Pese a lo anterior en dicho caso se concede la solicitud.

Por todo lo anterior creemos que el rol de la audiencia personal dentro del procedimiento voluntario suele ser tangencial, siendo un mero trámite que cumplir previo a la declaración de interdicción.

¹¹⁵ Juzgado de Letras de Puerto Varas, Rol-V-62-2016, Rol V-131-2016, Rol V-141-2016 y Rol V-142-2016. 1° Juzgado Civil de Temuco, Rol V-37-2017 y V-33-2017.

¹¹⁶ 1° Juzgado Civil de San Miguel, Rol V-131-2016 y V-248-2016.

¹¹⁷ 2° Juzgado de Letras de Coquimbo. Rol V-70-2016.

Habiendo señalado todo lo anterior concluimos con el análisis de la jurisprudencia de primera instancia.

3.3 Jurisprudencia de Cortes de Apelaciones

En el presente apartado analizaremos tres sentencias de Cortes de Apelaciones de Santiago, frente a las cuales no pudimos acceder a las sentencias de primera instancia apeladas desde que se encuentran con acceso restringido, por lo que tendremos que avocar nuestro análisis a lo que se puede inferir de lo señalado por los tribunales de segunda instancia.

La totalidad de dichas sentencias se refieren a apelaciones efectuadas respecto de la gestión voluntaria de interdicción por demencia que es objeto de nuestro estudio. También es importante resaltar que a la fecha de dichas resoluciones ya se encontraba vigente en nuestro territorio tanto la Ley N° 20.422 y La Convención, cuyo impacto en los derechos de las personas con discapacidad ya hemos analizado.

3.3.1 Corte de Apelaciones de Santiago: Rol 7238-2013

La primera de dichas sentencias en la cual indagaremos es pronunciada el año 2014 y versa sobre la declaración de interdicción M.T.F.I, solicitada por su hija T.M.F mediante procedimiento voluntario. Funda su petición en que su madre *“padece de demencia fronto temporal degenerativa, sin tratamiento curativo y no recuperable, que la COMPIN determinó le produce una incapacidad de grado de 70%”*¹¹⁸ la cual lo priva de las aptitudes necesarias para la administración de sus bienes y la actuación en vida jurídica, lo que justifica la necesidad de declararla interdicta y nombrar curadora a la solicitante, con el objetivo de que esta última cautele los intereses de la primera.

La sentencia es bastante breve, contiene tres considerandos que revocan y reemplazan los motivos sextos a noveno de la de alzada, reproduciendo los primeros seis. El primer considerando se encarga de recordar que el artículo 4 de la Ley 18.600 señala el procedimiento mediante el cual se califica y certifica la discapacidad intelectual, la cual, si se encuentra certificada e inscrita en el Registro, habilita para solicitar la interdicción por demencia de dicha PcD, mediante la gestión voluntaria que ciertos familiares se encuentran legitimados para requerir. En el segundo considerando afirma que la prueba rendida permite tener por acreditada la discapacidad intelectual de un 70% que padece M.T.F.I, así como también su correspondiente inscripción en el Registro.

¹¹⁸ Corte de Apelaciones de Santiago. Rol 7238-2013.

Pero el considerando que resulta realmente importante es el tercero y último. En este el Tribunal afirma que en su opinión se ven satisfechos todos los requisitos que impone el inciso segundo del artículo 4 para la declaración de interdicción. Sin limitarse a lo anterior agrega que *“la impresión que el juez de la causa se forme respecto del estado de salud mental de la PcD, con motivo de la realización de la audiencia que prevé la ley, no puede sustituir el dictamen emitido por quienes profesan la ciencia de la medicina... Lo anterior no importa que la audiencia referida sea superflua ni que el rol del juez en estos procedimientos sea irrelevante, sino únicamente que, en el evento de optarse por esta vía para obtener se decrete la interdicción por demencia y no por el pleito contencioso, el tribunal deberá limitarse a constatar el cumplimiento de las exigencias legales”*.

Debido a lo anterior podemos inferir, pese a no contar con la sentencia de primera instancia, que la solicitud debe haber sido rechazada por el Juez Civil, en virtud de consideraciones adicionales que no son las que señala estrictamente el artículo 4, probablemente producto de lo que el sentenciador pudo observar en la audiencia. Independientemente de si nuestra suposición es acertada, lo señalado por el tribunal en el tercer considerando es igualmente relevante para nuestra investigación, desde que señala explícitamente que el juez no tiene espacio para rechazar la solicitud de interdicción en el procedimiento voluntario si se cumplen los requisitos necesarios, pese a ello se preocupa de establecer que el rol de la audiencia no es superfluo, pero si el juez debe ceñirse a constatar el cumplimiento de las exigencias legales no podemos sino inferir que ningún procedimiento voluntario puede verse afectado por lo ventilado en la audiencia, lo que implica que esta se torna irrelevante.

Debido a las consideraciones anteriores el tribunal decide revocar la sentencia de primer grado, concediendo la solicitud de interdicción y nombrando curadora a la solicitante.

3.3.2 Corte de Apelaciones de Santiago: Rol 9316-2015

La presente sentencia versa sobre el requerimiento de declaración de interdicción de M.I.O, donde la hermana de la requerida es la solicitante. Funda su petición en que la PcD presenta oligofrenia y discapacidad mental definitiva de un 70%, la cual le impide valerse por sí misma, reaccionar a ciertas cosas y procurarse recursos, todo ello implica que la requerida carece de las aptitudes necesarias para administrar sus bienes lo que hace necesario declarar su interdicción y nombrar curadora a la solicitante para que esta última pueda proteger los intereses de su hermana. Dicha solicitud fue rechazada por el tribunal de primera instancia por lo que la solicitante interpone recurso de apelación para que se declare la interdicción y se le nombre curadora de la requerida.

Esta sentencia, a diferencia de la anterior, se extiende más en sus consideraciones. Comienza señalando como el tribunal no apreció en la inspección personal señales de discapacidad psicológica,

desde que advirtió en M.I.O cierta aptitud para comprender los estímulos del medio, pero agrega inmediatamente que dicha percepción no es suficiente para desvirtuar el mérito de la certificación de la discapacidad que acredita su condición.

La Corte profundiza en el punto anterior indagando en el propósito de la declaración de interdicción, el cual consiste en el nombramiento de un curador, el tribunal cita el artículo 338 del CC recordando que las curatelas son cargos impuestos a ciertas personas a favor de aquellos que no pueden dirigirse a sí mismos o administrar sus negocios, señalando que de ello se sigue que la intención del legislador fue proteger a tales personas de los peligros a los que se hallan expuestos en razón de su condición, particularmente respecto de la administración de sus bienes. Debido a esto la corte opina que resulta irrelevante que la requerida pueda comprender los estímulos del medio, si es que igualmente se encuentran en situación de las ineptitudes que menciona la norma legal recién mencionada, cuestión que la Corte afirma haber sido apreciada en la audiencia personal.

En el tercer considerando la Corte afirma que términos como “demencia” o “locura” *“no tienen actualmente un fundamento científico preciso, de modo que han de asimilarse al concepto de discapacidad mental”*, así este cita la definición de discapacidad mental que menciona el artículo 2 de la Ley N° 18.600 según la cual se considera persona con discapacidad mental a aquellas que debido a limitaciones psíquicas, congénitas o adquiridas vean obstaculizada en a lo menos un tercio, su capacidad educativa laboral o de integración social, entendiéndose disminuida en un tercio dicha capacidad cuando se estime que dicha capacidad es inferior a 70% de lo esperado para una persona de igual edad y condiciones sociales y culturales. Independiente de las críticas que hemos efectuado a dicha definición en virtud de lo que han definido tanto La Convención como la Ley 20.422, es interesante destacar que de ser cierto lo que menciona la Corte, todos los tribunales debieran, además de constatar el cumplimiento de las exigencias legales de artículo 4 de la Ley 18.600, verificar que dicha discapacidad se circunscribe a la definición del artículo 2 recién mencionada, lo que hemos podido constatar que no sucede a través del análisis de la jurisprudencia de primera instancia que hemos efectuado.

En base a lo anterior, el tribunal afirma en el cuarto considerando que todos los requisitos antes señalados se encuentran verificados, como así también la legitimación activa de la solicitante, desde que pudo acreditar el grado de parentesco necesario.

El quinto considerando resulta interesante, este destaca que *“la constatación, calificación, evaluación y declaración de la discapacidad mental en la forma dicha incorporan elementos científicos que*

*resultan más convincentes que la apreciación personal del juez*¹¹⁹, crítica adicionalmente el hecho de que el juez de primera instancia asimilara la capacidad psicológica con la aptitud para comprender los estímulos del medio, términos que, en opinión del tribunal, no se condicen con la definición legal antes mencionada.

El tribunal finaliza mencionando que se exime a la solicitante de la obligación de rendir fianza y de confeccionar inventario solemne, en virtud de los artículos 375 y 380 del CC respectivamente. Por todas las consideraciones anteriores el tribunal revoca la decisión de primera instancia, declarando la interdicción por demencia de la requerida y nombrando curadora a la solicitante, eximiéndola de las solemnidades recién mencionadas.

La presente sentencia no señala de manera explícita que el juez deba limitarse a la constatación del cumplimiento de las exigencias legales para la declaración de interdicción, pero le otorga una relevancia tangencial a la audiencia y a la apreciación que el juez pueda hacerse del estado de la PcD desde que ello no debiera desvirtuar la conclusión de la certificación de la discapacidad.

3.3.3 Corte de Apelaciones de Santiago: Rol 1304-2016

La presente sentencia versa sobre el procedimiento voluntario de interdicción por demencia que recae sobre G.E.T.G, solicitado por su hermano, quien funda su solicitud en que el requerido padece de una discapacidad mental psíquica de un 50%, certificada e inscrita en el Registro según corresponde, la cual lo priva de las aptitudes necesarias para administrar sus bienes y actuar en la vida jurídica, ello haría necesario la declaración de interdicción y el nombramiento de curador para que el solicitante pueda cautelar a su hermano de eventuales peligros que podría sufrir debido a su discapacidad. La solicitud fue rechazada por el juez civil de primera instancia debido a la impresión que se formó este sobre el estado del requerido, debido a ello el solicitante interpone recurso de apelación para cumplir su pretensión.

La sentencia es bastante breve, y se limita a establecer tres considerandos. Dichos tres considerandos son exactamente los mismos que efectúa la C.A de Santiago en la primera sentencia rol 7238-2013 que analizamos, el tribunal literalmente se limita a modificar los nombres del solicitante y del requerido, la naturaleza de la discapacidad de este último y el grado de ella, todo lo restante es absolutamente idéntico. Debido a lo anterior no profundizaremos en su análisis desde que para ello pueden remitirse a la sentencia recién mencionada.

¹¹⁹ Corte de Apelaciones de Santiago. Rol 9316-2015, Considerando quinto.

Desde que la sentencia es la misma, pareciera que la corte confirma el criterio anterior según el cual *“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”*¹²⁰.

Adicionalmente debemos señalar, que nos parece preocupante que la Corte reproduzca de manera idéntica una sentencia anterior, desde que cada caso presenta sus particularidades que deberían materializarse en la decisión del juez. De esta manera, el hecho de que dos solicitudes de interdicción, donde personas distintas son requeridas, con discapacidades. grados y requirentes distintos, tengan exactamente las mismas consideraciones demuestra un proceso mecánico donde el juez trata dicho procedimiento como si fuera una cuestión puramente formal, que no requiere de mayor reflexión, lo que se condice con el criterio que señalamos en el párrafo anterior.

De esta manera, el análisis de la jurisprudencia de segunda instancia confirma el criterio que ya se dilucidaba al analizar jurisprudencia de primera instancia, esto es, que el rol del juez en el procedimiento debe limitarse a comprobar la concurrencia de los requisitos legales, por lo que el objetivo de la audiencia personal es, efectivamente, simplemente evidenciar la veracidad de la discapacidad, ello supone que no existe espacio para la discrecionalidad del sentenciador si es que el solicitante ha logrado acreditar los requisitos legales.

¹²⁰ Corte de Apelaciones de Santiago. Rol 1304-2016, considerando tercero.

Conclusiones

En base a la información sistematizada y al análisis efectuado a lo largo de la investigación podemos entregar las siguientes conclusiones:

En primer lugar, que La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad ha implicado una evolución significativa en la protección de los derechos de dicho grupo, lo cual se cristaliza, en buena medida, en la consagración de un nuevo paradigma denominado modelo social de la discapacidad, al cual el instrumento adhiere, y obliga a los estados que la ratifiquen a transitar hacia él.

En segundo lugar, que el espacio que debieran ocupar las normas de Convenciones internacionales que consagren derechos humanos debe ser de integración al catálogo de derechos fundamentales de nuestra Constitución Política, lo que implica que dichos derechos pasan a formar parte y a enriquecer los derechos esenciales consagrados en nuestro ordenamiento, promoviendo un desarrollo progresivo de estos. Ello permite una interpretación de los preceptos constitucionales que asegure la validez de los instrumentos internacionales de Derechos Humanos ratificados en nuestro país.

En tercer lugar, que la normativa nacional necesita de modificaciones considerables para lograr una adecuación a los principios y obligaciones de La Convención. En ese sentido las normas de la Ley 18.600 y del Código Civil sobre la materia tienen una marcada inspiración en el modelo médico, poniendo preponderancia en las deficiencias del individuo. Así también las reglas manejan una nomenclatura propia de otro momento histórico, que no se corresponde con el actual paradigma impuesto por La Convención. De todas maneras, no podemos dejar de destacar que la Ley N° 20.422 es un considerable avance que se ajusta en su mayoría al espíritu y las obligaciones de La Convención, pero lamentablemente dichas reglas no resultan suficientes desde que es necesario una revisión sistemática sobre la regulación nacional en torno a las PcD para adecuar las disposiciones al instrumento objeto de nuestro estudio.

En cuarto lugar, que los procedimientos de interdicción por demencia nacionales resultan tremendamente lesivos de los derechos de las personas con discapacidad desde que imponen modelos de sustitución de la voluntad del discapacitado, lo que apunta en la dirección contraria a lo que señala La Convención, que adhiere a los modelos de apoyo de la voluntad. Pero incluso entre ellos mismos es especialmente preocupante el procedimiento voluntario de interdicción, desde que entrega una herramienta que facilita la imposición de regímenes de sustitución de la voluntad del discapacitado, y también porque parte de la base de procesos de certificación de la discapacidad que carecen de regulación y consistencia suficiente.

En quinto lugar, que al analizar la jurisprudencia nacional sobre el procedimiento voluntario hemos logrado establecer que existe un error en la práctica jurisprudencial, al comprender, los sentenciadores, que el papel que deben efectuar en dicha gestión implica solamente analizar la concurrencia de los requisitos legales, por lo que si el solicitante es una persona legitimada y que posea el cuidado permanente de la persona con discapacidad intelectual requerida, el juez debe limitarse a constatar que el estado del requerido se condiga con lo señalado por la certificación de la discapacidad. Lo anterior ha sido constatado especialmente en la audiencia única llevada a cabo por los jueces de primera instancia, en la cual se limitan a constatar la efectividad de la discapacidad. Lo anterior implica que el procedimiento voluntario de interdicción por demencia efectivamente genera una equiparación entre los términos de discapacidad intelectual certificada e interdicción, lo que contraría completamente el espíritu de La Convención e incluso nuestra propia legislación, la cual comprende que el examen que está llamado a efectuar el juez consiste en comprobar si producto de la discapacidad que se encuentra certificada, el requerido carece de las aptitudes necesarias para administrar sus bienes.

Finalmente, que debido a todas las consideraciones anteriores es imperativo que el Estado chileno reconozca la necesidad de actualizar las normas domésticas sobre la materia, para asegurar la adecuación de nuestra normativa a las obligaciones de La Convención, ello en la materia que nos compete supone transitar paulatinamente hacia los regímenes de apoyo a la voluntad del discapacitado, lo que requiere de la derogación del régimen de interdicción por demencia nacional. Estas tareas son fundamentales y forman parte del importante desafío que supone el apreciar el problema de la discapacidad como uno social, pero sobre todo como una cuestión de Derechos Humanos.

Bibliografía

ALDUNATE LIZANA, Eduardo. La Posición de los Tratados Internacionales en el Sistema de Fuentes del Ordenamiento Jurídico Chileno a la luz del Derecho Positivo. *Ius et Praxis* . 2010, vol.16, n.2 pp.185-210. 2010. ISSN: 0718-0012

ALESSANDRI, Arturo. SOMARRIVA, Manuel, VODANOVIC, Antonio. Tratado de Derecho Civil. Partes Preliminar y General Tomo I. Editorial Jurídica de Chile, 1° edición, Santiago, 1998.

BARCIA LEHMANN, Rodrigo. “Lecciones de Derecho Civil Chileno. Tomo I del Acto Jurídico”. Editorial Jurídica de Chile, Santiago. 2007.

BENADAVA, Santiago. “Nuevos Enfoques del Derecho Internacional”. Editorial Jurídica de Chile. 1° edición, Santiago, 1992. ISBN: 956-10-0984-6

CUENCA GOMEZ, Patricia. La capacidad jurídica de las personas con discapacidad: el art. 12 de La Convención de la ONU y su impacto en el ordenamiento jurídico español. *Revista Derechos y Libertades*. 2011. N° 24, época 2. 2011. ISSN: 1133-0937.

DE ASIS, Rafael. “Sobre la capacidad”. Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas. Universidad Carlos III de Madrid. 2009.

FRIGERIO CASTALDI, César. Incapacidad civil y representación legal del enfermo mental. *Revista Chilena de Derecho*. 1989, vol. 16 N° 1, pp. 37-41. ISSN 0716-0747

GALDÁMEZ, Liliana. En “Simposio Reforma Constitucional y Derechos Humanos”. Anuario de Derechos Humanos, N° 10. 2014. ISSN: 0718-2058.

GARCÍA, Ana María. “Tratados internacionales según la reforma del 2005”. *Revista de Derecho Público*, Santiago, 2006

LATHROP GOMEZ, Fabiola. Discapacidad intelectual: análisis crítico de la interdicción por demencia en Chile. *Revista de derecho (Valdivia)*. 2019, Vol. 32, n.1, pp.117-137. Disponible en: <https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502019000100117&lng=es&nrm=iso>. ISSN 0718-0950.

LEÓN HURTADO, Avelino. La voluntad y la capacidad jurídica en los actos voluntarios. Editorial Jurídica de Chile, 3° Edición, Santiago. 1979.

LÓPEZ BASTÍAS, José Luis. La conceptualización de la discapacidad a través de la historia: una mirada a través de la evolución normativa. *Revista de la Facultad de Derecho de México*. 2019, Tomo LXIX, número 273. <http://dx.doi.org/10.22201/fder.24488933e.2019.273-2.68632>.

LYON PUELMA, Alberto. “Personas Naturales”. Ediciones Universidad Católica de Chile, 3° edición, Santiago. 2007.

NASH ROJAS, Claudio. “Derecho Internacional de los Derechos Humanos en Chile. Recepción y Aplicación en el Ámbito Interno”. Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Santiago. 2012. ISBN: 978-956-19-0784-3.

NASH ROJAS, Claudio. “La Concepción de Derechos Fundamentales en Latinoamérica”. Tesis para optar al grado de doctor en derecho, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. 2008.

NOGUEIRA, Humberto. “Reforma constitucional del 2005 y control de constitucionalidad de tratados internacionales”. Revista de Estudios Constitucionales, Universidad de Talca, año 5.

PALACIOS, Agustina y BARIFFI, Francisco. La discapacidad como una cuestión de derechos humanos: una aproximación a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Madrid. Grupo editorial Cinca, S.A. 2007. ISBN: 978-84-935104-5-9.

RAMOS PAZOS, René. “Derecho de Familia Tomo II”. Editorial Jurídica de Chile, Santiago. 2005. ISBN: 956-10-1651-6.

SILVA BARROIHLET, Paula. “La Capacidad Jurídica de las Personas con Discapacidad Intelectual. Régimen Chileno y Bases para su Modificación”. Tesis de magíster, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. 2014.

TREVIÑO GARCIA, Ricardo. “La Persona y sus Atributos”. Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de León, 1º edición, Nueva León, México. 2002.

VARGAS CARREÑO, Edmundo. “Derecho internacional público, de acuerdo a las normas y prácticas que rigen en el siglo XXI” Editorial Jurídica, Estudios Internacionales, Santiago. 2007. doi:10.5354/0719-3769.2011.14142

VICTORIA MALDONADO, Jorge. El modelo social de la discapacidad: una cuestión de derechos humanos. Bol. Mex. Der. Comp. 2013, vol.46, n.138, pp.1093-1109. Disponible en: <http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0041-86332013000300008&lng=es&nrm=iso>. ISSN 2448-4873.

Informes

CHILE. Informe inicial sobre la aplicación de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad. 2012

COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD. Observación general N° 1. *CRPD/C/GC/1*. 2014.

COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD. Observaciones finales sobre el informe inicial de Chile. *CRPD/C/CHL/CO/1(Naciones Unidas)*. 2016

COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD. Observaciones finales sobre el informe inicial de Chile, adición: información recibida de Chile sobre el seguimiento de las observaciones finales. *CRPD/C/CHL/CO/1/Add.2 (Naciones Unidas)*. 2017

OBSERVATORIO DE DERECHOS HUMANOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD. Derechos Humanos de las personas con discapacidad mental: diagnóstico de la situación en Chile. 2014.

OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE NACIONES UNIDAS. Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad: Guía de formación. *Serie de capacitación profesional N° 19*. 2014. ISBN-13: 978-92-1-354129-6.

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD Y BANCO MUNDIAL. Informe Mundial sobre la Discapacidad. 2011

DEPARTAMENTO DE ASUNTOS ECONÓMICOS Y SOCIALES DE LAS NACIONES UNIDAS. Realization of the sustainable development goals by, for and with persons with disabilities. *UN flagship report on disability and development*. 2018.

LARA ESPINOSA, Diana y COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS MÉXICO. La Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad. 2011. *Colección del Sistema Universal de Protección de Derechos Humanos*.

Jurisprudencia

Tribunal Constitucional. Rol 2703-2014.

Tribunal Constitucional. Rol No. 309.

Tribunal Constitucional. Rol No. 346.

Corte de Apelaciones de Santiago. Rol 1304-2016.

Corte de Apelaciones de Santiago. Rol 9316-2015.

Corte de Apelaciones de Santiago. Rol 7238-2013.

Corte de Apelaciones de Concepción. Rol 240-2008.

3° Juzgado Civil de Santiago. Rol V-144-2016.

3° Juzgado Civil de Santiago. Rol V-167-2016.

5° Juzgado Civil de Santiago. Rol V- 20-2016.

8° Juzgado Civil de Santiago. Rol V-151-2016

8° Juzgado Civil de Santiago. Rol V-209-2016.

14° Juzgado Civil de Santiago. Rol V-60-2016.

14° Juzgado Civil de Santiago. Rol V-160-2016.

25° Juzgado Civil de Santiago. Rol V-277-2016.

29° Juzgado Civil de Santiago. Rol V-13-2017.

30° Juzgado Civil de Santiago. Rol V-16-2016.

30° Juzgado Civil de Santiago. Rol V-189-2016

30° Juzgado Civil de Santiago. Rol V-240-2016.

Juzgado de Letras de Peñaflor. Rol V-71-2016.

1° Juzgado de Letras de Coquimbo. Rol V-22-2017.

2° Juzgado de Letras de Coquimbo. Rol V-70-2016.

Juzgado de Letras de Puerto Varas. Rol V-62-2016.
Juzgado de Letras de Puerto Varas. Rol V-131-2016.
Juzgado de Letras de Puerto Varas. Rol V-141-2016
Juzgado de Letras de Puerto Varas. Rol V-142-2016
1° Juzgado Civil de Temuco. Rol V-33-2017.
1° Juzgado Civil de Temuco. Rol v-37-2017.
2° Juzgado Civil de Temuco. Rol V-54-2017.
2° Juzgado Civil de Temuco. Rol V-362-2016.
1° Juzgado Civil de San Miguel. Rol V-131-2016.
1° Juzgado Civil de San Miguel. Rol V-248-2016.
4° Juzgado Civil de San Miguel. Rol V-43-2016.
3° Juzgado Civil de Viña del Mar. Rol V-24-2017.
3° Juzgado Civil de Viña del Mar. Rol V-157-2016.
3° Juzgado Civil de Viña del Mar. Rol V-21-2017.
1° Juzgado de Letras de Coronel. Rol V-76-2016.
Juzgado de Letras de Chañaral. Rol V-36-2017.
Juzgado de Letras de Curanilahue. Rol V-68-2016.
Juzgado de Letras de Villa Alemana. Rol V-15-2017.
1° Juzgado de Letras de Coyhaique. Rol V-166-2016.
2° Juzgado de Letras de Copiapó. Rol V-188-2017.
Juzgado de Letras de La Unión. Rol V-3-2017.
Juzgado de Letras de La Unión. Rol 53-2016.
Juzgado de Letras de La Unión. Rol V-5-2017.

Juzgado de Letras de La Unión. Rol V-49-2016.
2° Juzgado de Letras de Curicó. Rol V-202-2016.
2° Juzgado de Letras de Coronel. Rol V-106-2016.
1° Juzgado Civil de Puente Alto. Rol V-509-2016.
2° Juzgado de Letras de Antofagasta. Rol V-14-2017
Juzgado de Letras de Pitrufquén. Rol V-16-2016.

Juzgado de Letras de Pitrufoquén. Rol V-29-2016.
Juzgado de Letras de Pitrufoquén. Rol V-30-2016.
5° Juzgado Civil de Valparaíso. Rol V-117-2016.
1° Juzgado Civil de Puerto Montt. Rol V-9-2017.
1° Juzgado Civil de Puerto Montt. Rol V-171-2016.
Juzgado de Letras de Curanilahue. Rol V-90-2016.