

CAPACIDAD JURÍDICA DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD:

¿Se ajusta nuestra normativa a las normas sobre capacidad jurídica que consagra la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad?

*Legal capacity of persons with disabilities:
Are our regulations in line with the legal capacity standards
enshrined in the Convention on the Rights of Persons with
Disabilities?¹*

Gina Alondra Osorio Carvajal

Abogada

Mg. en Derecho

Secretaria de Estudios Carrera Derecho USS sede Valdivia

gina.osorio@uss.cl

¹ Recibido: 4.06.19 Observado: 5.06.2019. Aceptado: 10.06.2019

SUMARIO

- 1. Introducción**
- 2. La noción de capacidad jurídica y de discapacidad mental en Chile**
- 3. Regulación de la capacidad jurídica en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad**
- 4. Conflictos entre la normativa nacional y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad**
 - 4.1. Ley 18.600 que establece normas sobre deficientes mentales**
 - 4.2. Artículo 1447 Código Civil**
- 5. Consideraciones finales**

RESUMEN

La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad², en adelante la Convención, reconoce en su artículo 12 la igual capacidad jurídica de las personas con discapacidad. Dentro del concepto de capacidad, se incluye la capacidad de goce y la de ejercicio, siendo esta última el objeto central de este artículo. La investigación se centrará en analizar dicha institución en Chile a la luz de la Convención. Al comparar esta norma con nuestra regulación se puede concluir que nuestra legislación es contraria al citado artículo, específicamente en lo que dice relación al reconocimiento con carácter universal de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad. Este artículo que en principio pudiera pensarse que solo se refiere al plano patrimonial, también lo hace al ámbito personal o extrapatrimonial de las personas con discapacidad. En efecto, comprende el consentimiento libre e informado que deben otorgar estas personas para la celebración de actos jurídicos, incluidos los que dicen relación con su integridad física y psíquica. El objetivo de la Convención es que se mire a las personas discapacitadas como “sujetos de derechos” y no como “objetos de protección”.

De allí que sea necesario adecuar la normativa nacional a los estándares que establece el citado artículo 12 de la Convención, transitando desde un modelo de sustitución de la voluntad a uno de apoyo a la toma de decisiones.

Palabras claves: Capacidad jurídica, Convención de personas con discapacidad, modelo social.

² La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, fue aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 13 de diciembre del año 2006 y ratificada por Chile el año 2008.

ABSTRACT

The Convention on the Rights of Persons with Disabilities, hereinafter the Convention, recognizes in article 12 the equal legal capacity of persons with disabilities. Within the concept of capacity, the capacity to enjoy and exercise is included, the latter being the central object of this article. The research will focus on analyzing said institution in Chile in the light of the Convention. When comparing this norm with our regulation, it can be concluded that our legislation is contrary to the aforementioned article, specifically in relation to the universal recognition of the legal capacity of persons with disabilities. This article that in principle could be thought that only refers to the patrimonial plane, also does it to the personal or extrapatrimonial scope of the persons with disability. In effect, it includes the free and informed consent that these persons must grant for the celebration of legal acts, including those related to their physical and mental integrity. The objective of the Convention is to look at people with disabilities as "subjects of rights" and not as "objects of protection".

Hence, it is necessary to adapt the national regulations to the standards established in the aforementioned article 12 of the Convention, moving from a model of substitution of the will to one of support for decision-making.

Keywords: Legal capacity, Convention of persons with disabilities, social model.

1. Introducción

En la actualidad los derechos de las personas con discapacidad se encuentran protegidos por el sistema internacional de los derechos humanos. Sin embargo, ello no siempre ha sido así y en muchas ocasiones, la asunción de una perspectiva de derechos en el tratamiento de la discapacidad ha sido meramente nominal³. Por este motivo las personas con discapacidad siguen encontrando obstáculos y dificultades para disfrutar de sus derechos en condiciones de igualdad. Si bien existen diversos tipos de discapacidad, en este trabajo nos centraremos en las personas con discapacidad mental, la que se encuentra incluida dentro de las discapacidades que menciona el artículo 1º de la Convención. Ella no define a las personas con discapacidad, pero señala que estas personas “incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás” (art. 1º, inciso 2º). En Chile, entendemos por persona con discapacidad mental, conforme a lo establecido en el artículo 2º inciso 1º de la ley 18.600, “toda aquella que, como consecuencia de una o más limitaciones síquicas, congénitas o adquiridas, previsiblemente de carácter permanente y con independencia de la causa que las hubiera originado, vea obstaculizada, en a lo menos un tercio, su capacidad educativa, laboral o de integración social”.

En este contexto, el art. 12 de la Convención reconoce la igual capacidad jurídica de las personas con discapacidad, tanto para el ámbito patrimonial como extrapatrimonial cuando señala “... las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida...”, abordando la capacidad jurídica desde la perspectiva de los derechos humanos. Dicha capacidad es la puerta de acceso no sólo a la titularidad sino también al ejercicio de estos, estableciendo también la obligación de implementar un régimen de capacidad jurídica que asiente a estas personas en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida. Al analizar el artículo 12 de la Convención, nos damos cuenta de que existe contradicción con nuestra normativa, pues el ordenamiento jurídico nacional no respeta el articulado de la Convención, por ejemplo, en el procedimiento de declaración de interdicción. Así lo ha sostenido el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad⁴, cuando señala que no se ha comprendido en general que el modelo de la discapacidad basado en los derechos humanos implica pasar del paradigma de la adopción de decisiones sustitutivas a otro que se base en el apoyo para tomarlas.

³ Asís, 2007, pp.17-50.

⁴ Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, período 11º de sesiones, 30 de marzo a 11 de abril de 2014.

Desde los primeros estudios para la creación de la Convención, se adoptó un modelo social de la discapacidad y de apoyo a la toma de decisiones, mientras que nuestra norma, un modelo de *atribución directa de incapacidad o de sustitución a la toma de decisiones*.

La capacidad jurídica hace posible el ejercicio de los derechos civiles, entendiendo por tales los vínculos privados que las personas forman entre ellas en sus relaciones patrimoniales o personales.

En virtud de lo señalado, para hacer plenamente efectivos los derechos establecidos en el artículo 12, es imperioso que las personas con discapacidad tengan oportunidades de formar y expresar su voluntad y preferencias, para poder ejercer su capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás. Es decir, las personas con discapacidad deben tener la oportunidad de vivir de forma independiente en la comunidad y tomar opciones y tener control sobre su vida diaria, en igualdad de condiciones con las demás, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 19, N°1, tomando en consideración, la edad, tipo y grado de discapacidad.

De lo señalado, se ve como necesario contar con una reglamentación respetuosa de los derechos de las personas con discapacidad, que no necesariamente implica considerarlos o declararlos incapaces. Así la Convención y cada uno de sus artículos se basan en ocho principios rectores (Artículo 3): 1. El respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas; 2. La no discriminación; 3. La participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad; 4. El respeto por la diferencia y la aceptación de las personas con discapacidad como parte de la diversidad y la condición humana; 5. La igualdad de oportunidades; 6. La accesibilidad; 7. La igualdad entre el hombre y la mujer; 8. El respeto a la evolución de las facultades de los niños y las niñas con discapacidad y de su derecho a preservar su identidad.

La manera de regular por los Estados estas materias debe ser acorde con un modelo que elimine aquellas normas que prohíben el ejercicio autónomo de los derechos de estas personas, tomando en consideración que no todas ellas se ven afectadas de la misma forma, ya que dependerá de su tipo de discapacidad, grado, edad, entre otros aspectos, por lo que las modificaciones legislativas deberán considerar estos hechos.

2. Noción de Capacidad Jurídica y de discapacidad mental en Chile

En nuestro ordenamiento jurídico, así como en la mayoría de las legislaciones, es un requisito de existencia de los actos jurídicos la voluntad, entendiéndola como “el movimiento o cambio interior, psicológico, que determina a la acción. Es el libre querer interno de lograr un fin determinado por medio de la acción”⁵. Este requisito está basado en el principio de la autonomía de la voluntad, principio general del Derecho Civil, en virtud del cual es la fuerza de la voluntad de las personas, o el consentimiento, el que da origen o extingue los derechos y obligaciones, sin perjuicio de que deban cumplirse ciertos requisitos extras de fondo y forma. El problema surge cuando no puede conocerse la voluntad de una persona o ésta no es capaz de formarla o formularla válidamente para producir efectos jurídicos.

La doctrina, entre ellos Alessandri, define la capacidad jurídica, como “la aptitud legal para adquirir derechos y ejercitarlos”⁶. Por lo que podemos desprender de la definición, que la capacidad incluye dos componentes, la capacidad de ser titular de derechos (capacidad de goce)⁷ y la capacidad de contraer obligaciones y poder ejercerlas y cumplirlas por sí misma (capacidad de ejercicio), convirtiendo a la persona en un sujeto de derecho. Debemos tener presente que, si la persona es mayor de edad, se presume su capacidad, ya que es la regla general en nuestro derecho, como lo expresa el artículo 1446 del Código Civil⁸, siendo excepcionalmente incapaces las personas que son consideradas por la ley de esa manera, como lo son los “dementes”. Así, nuestro derecho en el artículo 1447 del Código Civil, no hace distinción respecto del *grado ni intensidad* de la discapacidad mental para atribuir la incapacitación, lo que significa que hace perder la absoluta capacidad de ejercicio a una persona que presente algunos déficits.

Como vemos, la capacidad jurídica está regulada de forma general en el Código Civil. Sin embargo, pueden encontrarse otras normas desperdigadas por el sistema jurídico que también regulan la capacidad jurídica de forma especial, por ejemplo, la ley 18.600 que establece normas sobre deficientes mentales, la ley 21.030 que despenaliza la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales, esta norma hace una expresa mención a las personas con discapacidad, cuando señala en su artículo 1º que “...En el caso de personas con discapacidad sensorial, sea visual o auditiva, así como en el caso de personas con discapacidad mental psíquica o intelectual, que no hayan sido declaradas interdictas y que no puedan darse a entender por escrito, se dispondrá de los medios alternativos de comunicación para prestar su consentimiento, en concordancia con lo dispuesto en la ley N° 20.422 y en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad”.

⁵ ALESSANDRI / SOMARRIVA / VODANOVIC, 2005, p. 194.

⁶ ALESSANDRI / SOMARRIVA / VODANOVIC, 2005, p. 248.

⁷ La capacidad de goce en nuestra legislación es un atributo de la personalidad.

⁸ El artículo señala “Toda persona es legalmente capaz, excepto aquellas que la ley declara incapaces”.

En este contexto, el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, ha sostenido que la capacidad mental no constituye un parámetro de medición de la capacidad jurídica. El reconocimiento de la capacidad jurídica, por lo recién visto, importa el reconocimiento de ambos componentes.

Podemos observar que ha existido un cambio de paradigma considerando la discapacidad como una cuestión de derechos humanos⁹, así en la evolución del tratamiento de la discapacidad, se les reconoce plena autonomía en la administración de sus bienes y en su participación civil, social y familiar, en la medida de lo posible, ya que desde finales de los años 70 ha cambiado la forma de percibir la discapacidad. El nuevo paradigma sobre discapacidad ya no centra su análisis en la condición de salud de la persona, como único elemento constitutivo de ésta, sino que nos llama a entender la discapacidad como el resultado de la interacción de esa deficiencia con elementos contextuales, como barreras del entorno y restricciones a la participación en la sociedad, es decir, una mirada centrada en los derechos humanos de dichas personas y que considera las barreras que el entorno les pone para ejercer sus derechos, esto significa que se deja de considerar a las personas con discapacidad como objeto de políticas asistenciales y/o paternalistas, para pasar a ser sujetos de derechos. En legislaciones comparadas se ha avanzado en estos temas, acorde a lo señalado por la Convención, como en Francia, Alemania, Suecia y Escocia. Por ejemplo, en el caso de Escocia, todas las decisiones tomadas por un adulto con discapacidad intelectual deben beneficiar al adulto, implicar la menor restricción posible de su autonomía¹⁰.

En virtud de lo anterior, Chile para ajustar su normativa al cambio de paradigma publica la ley N°20.422 sobre Inclusión Social de Personas con Discapacidad, de febrero del año 2010, esta norma cumple varios de los principios que consagra la Convención, como se señala en la evaluación de la ley, realizada por la Cámara de Diputados, en noviembre del año 2012, así:

- La redefinición del objeto de la ley, en el sentido de asegurar a las personas con discapacidad no sólo su integración social, sino que también su inclusión social, mediante la eliminación de cualquier forma de discriminación, donde el Estado, tiene un deber de garante.

⁹ PALACIOS y BARIFFI, 2007, pp. 11-48.

¹⁰ Informe elaborado por Senadis, sobre discapacidad y salud mental: una visión desde Senadis, diciembre año 2015, pp. 29-30.

- La redefinición de la persona con discapacidad, al ponerse el acento “en la interacción de las personas con discapacidad temporal o permanente con las barreras presentes en el entorno que puedan impedir su participación plena y efectiva, en igualdad de condiciones con otras personas”. Avanzando con ello, en la superación de la definición médica de discapacidad, asociada la deficiencia física, mental sensorial, de carácter permanente.
- La incorporación de los principios rectores de la Convención, en el texto definitivo de la ley, como directrices para la generación de políticas públicas intersectoriales, en el ámbito de la discapacidad.
- La consagración de definiciones legales claves para la correcta aplicación de la ley. Siendo especialmente relevante la definición de ayuda técnica, que agrega la noción de elementos o implementos para desarrollar una vida independiente. Así como las definiciones legales sobre prevención, rehabilitación, discriminación, entorno, rehabilitación integral y ajustes necesarios, entre otros.
- La introducción de normas de discriminación positiva cruzada para grupos especialmente vulnerables, como los niños y mujeres con discapacidad, las personas dependientes con discapacidad y las personas con discapacidad mental.
- La explicitación del concepto de igualdad de oportunidades, en el sentido de que el Estado, no sólo debe promover la igualdad de oportunidades, sino que también debe garantizar el derecho a la igualdad de oportunidades.
- El deber del Estado de establecer medidas específicas contra la discriminación, que se traduzcan en exigencias de accesibilidad, ajustes necesarios y prevención de conductas de acoso en contra de las personas con discapacidad.

Como vemos el concepto de discapacidad ha evolucionado en las últimas décadas, pasando de ser un término centrado en los déficits o minusvalías que pueden presentar las personas debido a causas congénitas o adquiridas, a la resultante de la interacción entre ciertas condiciones o diferencias que presentan las personas y las barreras del entorno social¹¹.

La Convención supone una auténtica revolución respecto del tratamiento tradicional de la capacidad jurídica, consagrando en su artículo 12 la capacidad jurídica en igualdad de condiciones a las personas con discapacidad, adoptando un sistema de “apoyo en la toma de decisiones”¹², contrario al modelo de “sustitución en la toma de decisiones”, estos modelos plantean lo siguiente:

- i. **Atribución directa de incapacidad (modelo tradicional o de sustitución en la toma de decisiones):** la existencia de una deficiencia causa directamente la incapacitación jurídica o interdicción, por medio de un procedimiento judicial.

¹¹ Observatorio de Derechos Humanos de las Personas con Discapacidad Mental, 2014, p.14.

¹² GONZALEZ, 2010, p.55.

Es uno de los más extendidos en Latinoamérica. Así, además de Chile, es adoptado en legislaciones como Perú y Colombia, en el que la voluntad del curador reemplaza la voluntad de la persona interdicta en la gestión de su patrimonio, especialmente, en su actuación en el mundo jurídico, pero también e incluso en lo que dice relación con decisiones relativas a su cuidado y vida personal. De este modo, los interdictos son privados de la administración de sus bienes. Por tanto, las decisiones adoptadas por el curador obligan el patrimonio de su representado del mismo modo que podría hacerlo este si fuera capaz de ejercicio.

- ii. **Atribución indirecta de incapacidad (modelo de apoyo en la toma de decisiones):** La Convención promueve un modelo de “apoyo en la toma de decisiones”¹³, lo que significa que cuando sea necesaria la intervención de un tercero, dicha intervención no tiene por objetivo la sustitución, sino que el apoyo de la autonomía¹⁴. El requerimiento de la Convención en esta materia es el respeto de la capacidad jurídica, y la entrega de salvaguardias, entendiendo por tales, medidas de control respecto de personas que pueden abusar de estas personas y medidas de apoyo, lo que comprende acciones de diversa índole para que las personas con discapacidad puedan expresar su voluntad, respetando su autodeterminación.

La Convención no define a las personas con discapacidad, pero señala qué personas se incluyen en este concepto en el artículo 1º, inciso 2º. Asimismo, señala en su artículo 12 “... 2. Los Estados Parte reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida...”

En este trabajo nos centraremos en la discapacidad mental, entendiéndola como la resultante de la interacción entre algunas condiciones psíquicas y/o intelectuales de largo plazo que pueden presentar las personas, y las barreras del entorno, tales como formas de exclusión social, carencias de apoyo y actitudes estigmatizadoras, que limitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás¹⁵.

La ley 18.600, en su artículo 2º inciso 1º, entiende por discapacidad mental, “toda aquella que, como consecuencia de una o más limitaciones síquicas, congénitas o adquiridas, previsiblemente de carácter permanente y con independencia de la causa que las hubiera originado, vea obstaculizada, en a lo menos un tercio, su capacidad educativa, laboral o de integración social”.

¹³ PALACIOS, 2008, p.1.

¹⁴ BARRANCO / CUENCA / RAMIRO, 2012, p.65.

¹⁵ BARRANCO / CUENCA / RAMIRO, 2012, p. 14.

Hacemos presente que esta definición no está en conexión con la definición que da la ley 20.422, en su artículo 5^o¹⁶ ni con la Convención, al no considerar la participación plena y efectiva en igualdad de condiciones.

Es necesario señalar que existen distintos grados de discapacidad mental. Así lo establece el *Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders*, (DSM): discapacidad intelectual leve (CI 50-55 a 70), discapacidad intelectual moderada (CI 35-40 a 50-55), discapacidad intelectual grave (CI 20-25 a 35-40) y discapacidad intelectual profunda (CI 20-25)¹⁷. Esta clasificación es relevante a la hora de proponer modelos de tratamiento de la discapacidad respetando la autonomía.

3. Regulación de la capacidad jurídica en la Convención

Si bien desde los primeros estudios para la creación de esta Convención se señaló que adoptaría un modelo social de discapacidad, pauta que sirve para definir qué se entiende por discapacidad, determinación de los problemas y entrega de soluciones, es necesario entender los otros dos modelos de abordaje que se han utilizado respecto de las personas con discapacidad, los que han tenido influencia en el Derecho. Dichos modelos son el modelo de prescindencia y el modelo rehabilitador¹⁸.

En primer lugar, el *modelo de prescindencia* considera que las causas que dan origen a la discapacidad tienen un motivo religioso, donde las personas con discapacidad son asumidas como innecesarias por diferentes razones. Por ese motivo, la sociedad decide *prescindir* de las personas con discapacidad, a través de la aplicación de políticas eugenésicas.

Otro modelo que se ha utilizado es el *modelo rehabilitador*, el cual considera que las causas que dan origen a la discapacidad son científicas. Por estas razones las personas con discapacidad ya no son consideradas inútiles o innecesarias, pero siempre en la medida en que sean *rehabilitadas*.

Por último, el *modelo social*, toma en consideración los factores ambientales que influyen en la vulneración de derechos de las personas con discapacidad.

No se debe considerar a la discapacidad como un problema individual de la persona sino como un fenómeno complejo, integrado por factores sociales.

¹⁶ Artículo 5°. - Persona con discapacidad es aquella que teniendo una o más deficiencias físicas, mentales, sea por causa psíquica o intelectual, o sensoriales, de carácter temporal o permanente, al interactuar con diversas barreras presentes en el entorno, ve impedida o restringida su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás.

¹⁷ PÉREZ, 2013.

¹⁸ PALACIOS y BARIFFI, 2007, pp. 13-24.

El modelo social se encuentra, entonces, muy relacionado con la consideración de la discapacidad como una cuestión de derechos humanos. Se centra en la dignidad intrínseca del ser humano y de manera accesoria y sólo en el caso que sea necesario, en las características médicas de la persona. Sitúa al individuo en el centro de todas las decisiones que le afecten, y sitúa el centro del problema fuera de la persona, en la sociedad¹⁹.

En este punto es necesario tener presente que no son las limitaciones individuales las raíces del fenómeno, sino las limitaciones de la sociedad para prestar servicios apropiados con los que asegurar adecuadamente que las necesidades de las personas con discapacidad sean tomadas en consideración dentro de la organización de la sociedad.

El modelo social presenta muchas coincidencias con los valores que sustentan a los derechos humanos; esto es, la dignidad, entendida como una condición inescindible de la humanidad; la libertad entendida como autonomía –en el sentido de desarrollo del sujeto moral– que exige entre otras cosas que la persona sea el centro de las decisiones que le afecten; y la igualdad inherente de todo ser humano –respetuosa de la diferencia–, la cual asimismo exige la satisfacción de ciertas necesidades básicas²⁰. El cambio de paradigma del modelo de prescindencia al modelo social trae importantes consecuencias jurídicas, entre ellas la consideración de la discapacidad como una cuestión de derechos humanos. En virtud de lo anterior, se deja de ver a las personas con discapacidad como problemas, para considerarlas titulares de derechos, como también considerar que muchos de sus problemas están fuera de la propia persona con discapacidad.

Este modelo, atraviesa toda la regulación contenida en la Convención, así la relación entre el desarrollo social, los derechos humanos y la no discriminación se establece de diversas maneras a lo largo de la Convención. En primer lugar, la Convención proporciona una orientación sobre los pasos y medidas que deben ser adoptados por los estados parte, a fin de garantizar el disfrute de los derechos de las personas con discapacidad. En segundo lugar, la Convención pretende generar un cambio respecto del modo en que se emprende el desarrollo en la esfera de la discapacidad. Los programas de desarrollo deben estar sujetos a vigilancia y evaluación, incluso con los mecanismos establecidos en la Convención²¹.

Un artículo de importancia en la Convención donde se consagra el modelo social es el artículo 12 donde que reconoce la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, estableciendo la igualdad de oportunidades y adoptando el modelo de apoyo en la toma de decisiones. El artículo señala:

¹⁹ PALACIOS y BARIFFI, 2007, p. 23.

²⁰ PALACIOS, 2008, p.155.

²¹ PALACIOS, 2008, pp.261-262.

- “... 1. Los Estados Parte reafirman que las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica.
2. Los Estados Parte reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida.
3. Los Estados 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...”

Debemos tener presente que la interpretación de este artículo debe hacerse de modo sistemático con toda la Convención y no en forma aislada, pues es una norma fundamental de dicho cuerpo normativo que permite entender y aplicar las restantes normas. El objetivo de la Convención es tender hacia la capacidad jurídica y a la entrega de elementos y salvaguardias para las personas con discapacidad, entendido como una voluntad con apoyos (atribución indirecta de incapacidad). Por ende, la persona ha de ser escuchada y no ser privada de su capacidad de decidir de manera absoluta, sino que de acuerdo a las circunstancias particulares, poniendo a su disposición las ayudas para poder ejercer sus derechos de la manera más autónoma posible.

Así lo ha sostenido el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, en adelante el Comité, en la Observación General N°1, del año 2014, al sostener “... en el artículo 12, párrafo 2, se reconoce que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida. La capacidad jurídica incluye la capacidad de ser titular de derechos y la de actuar en derecho...” La Convención establece que el propósito de dicho cuerpo legal 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...”, por lo que el artículo 12 debe leerse en este sentido, respondiendo así a muchos cuestionamientos sobre su manera de concebir la capacidad jurídica, incluyendo tanto la capacidad de ser titular de derechos como la de ejercer tales derechos²². Al señalar en artículo la palabra “todos”, sin excepción, no se especifica la esfera de su desarrollo. Esto quiere decir que se incluyen tanto los derechos personalísimos como los patrimoniales, y cuya participación incluye tanto la esfera privada como la pública.

²² En este sentido, el Comité, ha señalado que en el artículo 12 no se establecen derechos adicionales para las personas con discapacidad; simplemente se describen los elementos concretos que los Estados parte deben tener en cuenta para garantizar a las personas con discapacidad el derecho a la igualdad ante la ley, en igualdad de condiciones con las demás personas.

En este punto resulta de importancia tener presente lo señalado por el informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos del año 2009²³, que señala que el cumplimiento de las obligaciones enunciadas en los párrafos 2, 3, 4 y 5 del artículo 12 de la Convención, requiere un examen a fondo de toda la legislación civil y penal que contenga elementos de capacidad jurídica. “En el ámbito del derecho civil, las leyes que regulan la incapacitación y la tutela deben ser una esfera prioritaria del examen y la reforma de las leyes. En muchos países la legislación en vigor permite declarar incapaz a una persona por deficiencia mental, intelectual o sensorial y atribuir a un tutor la capacidad jurídica para actuar en su nombre.

Toda ley que prevea que la existencia de una discapacidad es motivo directo o indirecto para declarar la incapacidad jurídica entra en conflicto con el reconocimiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad consagrado en el párrafo 2 del artículo 12. Además de derogar las normas que violan el deber de los Estados de respetar el derecho humano a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, es igualmente importante que se adopten medidas que protejan y hagan efectivo ese derecho, de conformidad con los párrafos 3, 4 y 5 del artículo 12. Esto incluye lo siguiente: el reconocimiento jurídico del derecho de las personas con discapacidad a la autonomía; a disponer de medios alternativos y aumentativos de comunicación; a la adopción de decisiones asistidas, entendidas como el proceso por el que una persona con discapacidad está habilitada para adoptar y comunicar decisiones con respecto a cuestiones personales o jurídicas; y el establecimiento de normas que precisen las facultades de quienes prestan el apoyo y su responsabilidad”.

4. Conflictos entre la normativa nacional y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad

Ahora analizaremos algunas normas generales sobre discapacidad, donde se evidenciará el conflicto entre la exigencia de la Convención y la legislación nacional, en relación con la capacidad de las personas con discapacidad mental.

4.1 Ley 18.600 que establece normas sobre deficientes mentales

La legislación aplicable en nuestro país, al proceso que declara la interdicción es el Código Civil y la Ley 18.600, normativa modificada por la Ley 19.954 del año 2004. En virtud de esta última, el proceso consta de una etapa administrativa en la que una comisión médica declara el tipo y grado de discapacidad mental.

²³ Estudio temático preparado por la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos para mejorar el conocimiento y la comprensión de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, 26 de enero de 2009, en sus números 43 a 47 del punto 4 Reconocimiento de la personalidad jurídica, y de la capacidad jurídica y de obrar. A/HRC/10/48 de 26 de enero de 2009, disponible en español.

El proceso de declaración de interdicción tiene por fundamento la protección de las personas que no se encuentran en condiciones de administrar lo suyo. Así, el objetivo es lograr una sentencia judicial que declare inhábil a una persona para administrar y disponer de sus bienes.

Declarada la interdicción, a través del procedimiento voluntario, se deberá pedir al juez que conoce del caso que nombre un curador que se encargue de administrar los bienes y de representar los intereses de esa persona, lo que en la práctica se hace de manera conjunta en la solicitud de interdicción, de manera tal que en la sentencia definitiva que declara la interdicción se designa a la persona interdicta, un curador definitivo. Esta sentencia de interdicción por demencia debe ser inscrita en el Registro de Interdicciones y Prohibiciones del Conservador de Bienes Raíces. Una vez inscrita la sentencia de interdicción, todos los actos que celebre el declarado bajo interdicción, serán nulos absolutamente, como lo expresa el artículo 1682 del Código Civil. Por ende, todos los actos de carácter patrimonial sin excepciones o graduaciones caen en esta categoría. Hay que tener presente que esta declaración no priva a la persona interdicta del dominio de sus bienes. Sin embargo, la persona declarada en interdicción (incapacitada) por sufrir de discapacidad mental, queda supeditada a los criterios del curador, cediendo con ello su autonomía y poder de decisión.

Esta sustitución de la voluntad de la persona interdicta vulnera los principios de igualdad y no discriminación, así como los principios de “participación e inclusión plena y efectiva en la sociedad”, como también el derecho al reconocimiento de la capacidad jurídica en igualdad de condiciones, consagrado en la Convención. Podemos observar que la institución de la incapacidad o interdicción y su sistema de sustitución en la toma de decisiones se inspiran en una concepción de la discapacidad anclada en el modelo médico y en la perspectiva asistencialista²⁴.

En virtud de lo anterior, estamos de acuerdo con lo que señala Paula Silva, en su tesis para optar al grado de Magister, “los actuales criterios que establecen la plena capacidad jurídica de todas las personas sin distinción del tipo de discapacidad, implican que tanto la norma como la aplicación que de ella hacen los tribunales de justicia constituyan un grave atentado contra los derechos fundamentales de las personas con discapacidad intelectual al atribuir directamente una incapacidad jurídica a una discapacidad intelectual y al utilizarse un procedimiento abreviado sin derecho a defensa. Ello es incompatible con la Convención de Derechos de las Personas con Discapacidad”²⁵.

²⁴ CUENCA, 2014.

²⁵ SILVA, 2014, p 211.

En conclusión, podemos sostener que, al analizar la normativa referente a la declaración de interdicción, nuestro país está adoptando un modelo médico y de atribución directa de incapacidad, el que postula que la obligación de cuidado fundamental es la de otorgar un tratamiento terapéutico. Con ello contradice la Convención la cual establece un modelo social, donde se aboga por la capacidad universal, como lo indicó el Comité en su Observación General N°1, del año 2014, donde afirmó que el art. 12 excluye la subsistencia de un régimen de sustitución de voluntad, aunque sea excepcional.

Debemos entender que las personas con discapacidad son titulares de derechos, que pueden ejercer sus derechos en igualdad de oportunidades. Se debe situar al individuo en el centro de todas las decisiones que le afecten, y el centro del problema está fuera de la persona, es decir, en la sociedad²⁶. Nuestra legislación se encuentra obligada, por la Convención, a reformar las normas de derecho interno que se contraponen con las exigencias señaladas en dicha normativa, en lo que dice relación al ejercicio de la capacidad jurídica, específicamente a la capacidad de ejercicio, consagrada en los artículos 1445, 1446 y 1447 del Código Civil.

Es relevante en este punto tener presente que respecto a las personas con discapacidad, a las cuales se les reconoce como sujetos de derechos, se les podría aplicar el concepto de autonomía progresiva, como se hace con los niñas, niños y adolescentes, lo que implica considerar un cambio de estatus jurídico de las personas con discapacidad desde simples “objeto de protección” hacia “sujeto de derecho”, es decir, se les entiende como titular de derechos fundamentales y con capacidad de ejercicio por sí mismos, pero esta autonomía tiene la particularidad de que lo es conforme con la evolución de sus facultades.

Así, la persona con discapacidad va adquiriendo la capacidad para poner en práctica sus derechos a medida que se van desarrollando como personas, lo cual va de la mano con los procesos de maduración y aprendizajes, lo que esa conforme al modelo de apoyo a la toma de decisiones.

²⁶ PALACIOS, 2007, p. 23.

4.2 Artículo 1447 Código Civil

Señala el artículo, “*Son absolutamente incapaces los dementes...*” Como lo indicó el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, respecto de sus observaciones finales sobre el informe inicial de Chile, en abril del año 2016, se debería eliminar el lenguaje peyorativo, tal como la expresión “dementes”. Asimismo, eliminar como incapaces absolutos a los dementes y sordos o sordomudos que no se pueden dar a entender claramente. No deben considerarse dentro de la normativa nacional a estas personas como incapaces absolutos, ya que ello atenta con lo establecido por la Convención, específicamente en su artículo 12, ya que no está respetando el igual reconocimiento como personas ante la ley de las personas con discapacidad, entendiendo que discapacidad no es sinónimo de incapacidad. Se debe reconocer a las personas con discapacidad la plena capacidad jurídica sin importar el tipo de discapacidad que presenten, pero tomando las medidas necesarias de apoyo para que puedan ejercer dicha capacidad, tomando en consideración su edad, grado y tipo de discapacidad.

Al ser consideradas las personas con discapacidad mental de inmediato como incapaces, son vistas como personas dependientes y asexuadas, lo que deriva en la violación de sus derechos patrimoniales, familiares, civiles etc., toda vez que se les niega y limita el ejercicio de tales derechos. Así, en virtud del principio de igualdad, las necesidades de todas las personas tienen la misma importancia, siendo la base de toda sociedad, por lo que se debe garantizar a “todos” los mismos derechos.

Por tanto, el artículo 1447 es contrario a la normativa internacional, ya que la discapacidad no puede ser un factor para reconocer o no capacidad jurídica, además capacidad jurídica y capacidad mental son conceptos diferentes, la capacidad jurídica es un atributo universal inherente a todas las personas debido a su condición humana y debe mantenerse para las personas con discapacidad en igualdad de condiciones con las demás. La capacidad jurídica es indispensable para el ejercicio de los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales y adquiere una importancia especial para las personas con discapacidad cuando tienen que tomar decisiones fundamentales con respecto a su salud, su educación y su trabajo²⁷, en cambio se entiende por capacidad mental la aptitud para desempeñar una tarea específica²⁸.

²⁷ Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, período 11º de sesiones, 30 de marzo a 11 de abril de 2014

²⁸ BORQUEZ / HORWITZ / HUEPE / RAINERI, 2009.

5. Consideraciones finales

El contenido de la “capacidad jurídica” en la Convención incluye tanto la capacidad de goce como la de ejercicio.

La Ley 18.600 hace parciamente sinónimos los términos de discapacidad e incapacidad, lo cual es contrario a lo establecido en la Convención, siendo discriminatorio, pues permite la declaración de interdicción a través de un procedimiento voluntario y el nombramiento de un curador provisorio de sus bienes. Parece importante analizar si las causas que permiten la incapacitación o interdicción de personas en situación de discapacidad son acordes con los principios que prescribe la Convención, entre ellos el derecho a la no-discriminación²⁹.

Se ve como necesario compatibilizar las normas del Código Civil con las de la Convención, en lo relativo al modelo adoptado, modificando aquellas normas que dicen relación con el procedimiento de declaración de interdicción, adoptando un modelo social, de apoyo a la toma de decisiones.

²⁹ Convención Internacional de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Fundación Down21-Chile y SENADIS, año 2014, pag 14.

Bibliografía

ALESSANDRI / SOMARRIVA / VODANOVIC (2005) *Tratado de Derecho Civil, partes preliminar y general*, tomo II, Editorial Jurídica de Chile, séptima edición, Santiago.

ASÍS (2007) *Derechos humanos y discapacidad. Algunas reflexiones derivadas del análisis de la discapacidad desde la teoría de los derechos*, en Campoy, I. y Palacios, A., (coord.), *Igualdad No Discriminación y Discapacidad. Una visión integradora de las realidades española y argentina*, Dykinson, Madrid.

BARRANCO / CUENCA / RAMIRO (2012) *Capacidad jurídica y discapacidad: el artículo 12 de la Convención de Derechos de las Personas con Discapacidad*, Anuario Facultad de Derecho Universidad de Alcalá V.

BORQUEZ / HORWITZ / HUEPE / RAINERI (2009) «La noción de capacidad de la persona para tomar decisiones, en la práctica médica y legal», en *Revista médica de Chile*, v135, N°9, septiembre, Santiago.

CUENCA (2011) «Derechos Humanos y modelos de tratamiento de la discapacidad». Disponible en http://www.tiempodelosderechos.es/es/biblioteca/doc_download/38-derechos-humanos-y-modelos-de-tratamiento-de-la-discapacidad.html
Fecha de consulta: 20.06.2017.

GONZALEZ (2010) *Capacidad jurídica de las personas con discapacidad*, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, primera edición, México.

PALACIOS (2008) *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Ediciones Cinca, Colección Cermi, Madrid.

PALACIOS y BARIFFI (2007) *La discapacidad como una cuestión de derechos humanos. Una aproximación a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Ediciones Cinca, Colección Telefónica Accesible, Madrid.

RAMOS (2007) *Derecho de Familia*, Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, séptima edición actualizada, Santiago.

SILVA (2014) *La capacidad jurídica de las personas con discapacidad intelectual*. Tesis para optar al grado de Magíster en Derecho, Universidad de Chile, Santiago.

VIAL DEL RÍO (2009) *Teoría general del acto jurídico*. Editorial Jurídica de Chile, quinta edición, Santiago.

Informes:

- Informe elaborado por Senadis, sobre discapacidad y salud mental: una visión desde Senadis, diciembre año 2015.
- Evaluación de la Ley 18.600. Departamento de evaluación de la Ley de la Cámara de Diputados.
- Evaluación de la Ley 20.422. Departamento de evaluación de la Ley de la Cámara de Diputados, año 2012.
- Observatorio de Derechos Humanos de las Personas con Discapacidad Mental (2014). *Derechos Humanos de las Personas con Discapacidad Mental: Diagnóstico de la Situación en Chile*. Santiago, Chile. www.observatoriodiscapacidadmental.cl.
- II Estudio Nacional de la Discapacidad 2015. Ministerio de Desarrollo Social, Santiago de Chile, enero 2016.
- Convención Internacional de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Fundación Down 21-Chile y SENADIS, año 2014.

Cuerpos normativos:

- Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, ratificada por Chile el año 2008.
- Convención Internacional sobre los Derechos Humanos, promulgado por Chile el año 1989.
- Código Civil de Chile, vigésima primera edición oficial, Editorial Jurídica de Chile, enero 2013.
- Constitución Política de la República de Chile, décimo sexta edición, Editorial Thomson Reuters, colección 2016.
- Ley 20.422 que establece normas sobre igualdad de oportunidades e inclusión social de personas con discapacidad, publicada con fecha 10 de febrero del año 2010.