

RAZONAMIENTO COMPARADO EN MÉXICO Y EN CHILE: NORMAS JURÍDICAS INTERNACIONALES SOBRE DISCAPACIDAD, EN PARTICULAR LA JURISPRUDENCIA*

*COMPARATIVE LEGAL REASONING OF INTERNATIONAL LEGAL
NORMS ON DISABILITY IN MEXICO AND IN CHILE,
PARTICULARLY THE JURISPRUDENCE*

Sergio Ramiro PEÑA NEIRA**

RESUMEN: La jurisprudencia internacional y comparada sobre “discapacidad” permite entender la interpretación y aplicación de normas jurídicas internacionales en vigor en el ordenamiento jurídico nacional, México y Chile. Luego de analizar una serie de casos extraemos directrices de interpretación que permiten evitar que sea la ausencia de regulación jurídica nacional de la discapacidad cognitiva en el caso chileno donde directamente se declara al discapaz como incapaz, o quizás constituir uno de los modelos de solución de los problemas generados por la aplicación de tratados internacionales en el ordenamiento jurídico nacional, generación de lagunas por antinomia entre normas jurídicas: otorgamiento de derechos y supresión de los mismos al declararle una situación jurídica que impide su ejercicio directo.

Palabras clave: Razonamiento jurídico, discapacidad intelectual, incapacidad, laguna por contradicción, México-Chile.

***ABSTRACT:** After analyzing cases in international and Mexican Law it's possible to obtain guidelines for interpreting and applying intellectual disability, new legal status of the disable, in the Chilean national legal system and probably to establish one of the “models” of solution for the application of international treaties in the national legal system, avoiding lacks of legal rules even by incompatibility because international treaties grant rights to disabled, creating this new legal status but the Chilean legal rules declare them non-able.*

Keywords: Mental disability, legal reasoning, lack by contradiction, Mexico-Chile.

* Artículo recibido el 25 de febrero y aceptado para su publicación el 5 de agosto de 2016.

** Profesor e investigador, Universidad Bernardo OHiggins. Miembro de la Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social. Miembro de la Sociedad Chilena de Derecho Internacional. Colaborador de la línea de investigación “Estado de Derecho Internacional”, Universidad Nacional Autónoma de México.

Boletín Mexicano de Derecho Comparado
nueva serie, año XLX, núm. 148,
enero-abril de 2017, pp. 269-297.

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Las formas en que se evalúa la discapacidad a través de sentencias.* III. *Discapacidad en el ordenamiento jurídico internacional.* IV. *Leyes chilenas sobre la discapacidad.* V. *Lagunas, contradicciones y derogaciones al derecho chileno.* VI. *Los aspectos relevantes del concepto que nos ocupa.* VII. *Conclusión.*

I. INTRODUCCIÓN

Hasta la entrada en vigor de las diversas convenciones internacionales, en Chile, a los discapacitados mentales se les aplicaba el estatuto del “incapaz”; luego la “condición jurídica” como “incapaz” se mantiene.

La discapacidad se regula a través una convención internacional sobre la discapacidad¹ y un protocolo, aprobados e incorporados en el ordenamiento jurídico chileno.² A su vez, América ha aprobado un tratado internacional³ y un protocolo,⁴ así como una serie de normas jurídicas internacionales que han sido desarrolladas para ser aplicadas nacionalmente.⁵ Existen, en el caso de Chile, normas jurídicas sobre la materia, algunas de las cuales son leyes.⁶

¹ Organización de Naciones Unidas, *Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Nueva York, 2006.

² Organización de Naciones Unidas, *Protocolo Facultativo de la Convención de la Naciones Unidas sobre Derechos de las Personas con Discapacidad*, Nueva York, 2006.

³ Organización de Estados Americanos, *Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad*, Ciudad de Guatemala, 6 de julio de 1999 (ratificado por Chile el 12 de abril de 2001).

⁴ Organización de Estados Americanos, *Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador”*, San Salvador, 1988.

⁵ República de Chile, *Promulga la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo*, Decreto 201, Ministerio de Relaciones Exteriores, 17 de agosto de 2008.

⁶ República de Chile, *Ley 20.422 Establece normas sobre igualdad de oportunidades e inclusión social de las personas con capacidad*, Ministerio de Planificación, 10 de febrero de 2010, actualizada al 24 de febrero de 2014, República de Bolivia, *Ley 1678 Personas con discapacidad. Se regulan sus derechos, deberes y garantías*, 15 de diciembre de 1995, República de Colombia, *Ley 361 de 1997 Por la cual establecen los mecanismos de integración social de las personas con limitación y se dictan otras disposiciones*, 11 de febrero de 1997, República de Perú, *Ley 27.050 Ley general de la Persona con Discapacidad* actualizada por Ley 28.164, Lima, 10 de enero de 2004, República de Perú, *Reglamento de la Ley 27.050 de la Ley general de la Persona con Discapacidad* actualizada por Ley 28.164, Lima, 10 de enero de 2004.

Sin embargo, hay poca claridad acerca de la discapacidad, particularmente cognitiva, y la tesis sustentada por el ordenamiento jurídico chileno es que el “discapaz cognitivo” es incapaz. La misma es aplicada por normas jurídicas chilenas, lo que contravendría los derechos conferidos en las convenciones indicadas.

Debido a lo señalado precedentemente, concentraremos el artículo en la regulación jurídica de la discapacidad, lagunas, contradicciones y derogaciones en el derecho nacional de dos países en razón de normas jurídicas con los “mismos supuestos de hecho”, explicitando conceptualmente la misma norma jurídica, pero con efectos jurídicos contrarios,⁷ su expresión a través de sentencias internacionales y nacionales y de casos.

Sostenemos, además, que los derechos de personas sometidas a consecuencias negativas producto de sus discapacidades se encuentran en conflicto con derechos que detentan otros para interactuar con terceros: el derecho de propiedad se contrapone a los derechos de los discapaces, el derecho de expresión, así como el de contratar a quien se deseé.

II. LAS FORMAS EN QUE SE EVALÚA LA DISCAPACIDAD A TRAVÉS DE SENTENCIAS

1. *Asuntos por resolver*

Discapacidad por caída al nacer⁸

En este caso se alega la responsabilidad internacional del Estado peruano. El fundamento es la violación de derechos consagrados en la Convención Americana de Derechos Humanos.⁹

⁷ Raz, Joseph, *Why the State*, London, Kings College London, The Dickson Poon School of Law, 2014, p. 1; Peña Neira, Sergio, *La equidad en la utilización de los recursos genéticos naturales defendiendo los derechos de sujetos internacionales: interpretación y aplicación y derecho comparado*, tesis doctoral presentada y defendida en la Universidad Internacional de Andalucía, Huelva, 2013.

⁸ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Eulogia y su hijo Sergio contra Perú*, Informe número 35/14, Petición 1334/09, Informe de admisibilidad, OEA/Ser. L7/V/II.150, Perú, 4 de abril de 2014.

⁹ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Ibidem*, nota 9, p. 1.

El fundamento de hecho es la caída del niño al nacer¹⁰ por deficiente atención médica en el parto y al momento de nacer.¹¹ A mayor abundamiento, al ser trasladado el niño al hospital de la provincia, no habría sido atendido, el personal médico que lo condujo no llevó la documentación para que la señora y el niño fueran ingresados.¹² Finalmente, fue tratado médicaamente, pero se le generó una ceguera cortical irreversible, encefalopatía hipoxica isquémica por traumatismo encefalocraneano al nacer.¹³

La consecuencia es una “severa discapacidad física, sensorial e intelectual además de dolor y convulsiones crónicas”. Además, se arguye ausencia de atención médica adecuada desde el nacimiento del niño, y el proceso penal incoado contra el equipo médico no tuvo éxito. Asimismo, cuando han solicitado ayuda en el centro asistencial de la localidad donde viven habrían cerrado las puertas a fin de rechazarlos, provocándoles temor y pena, productos del tratamiento cruel y de amenazas, incluso.¹⁴

La responsabilidad del Estado se generaría en no haber ofrecido garantías para el parto seguro de la madre, la generación de daños irreparables en el niño, y la ausencia de sanción de los funcionarios involucrados.¹⁵

El Estado, a su vez, alega el empleo de la Corte como una cuarta instancia, la incorrección del uso del procedimiento por ausencia de solicitud en un procedimiento de carácter civil por indemnización de perjuicios.

La Comisión indica que posee competencia en razón de la persona, del lugar y de la materia, así como del caso para conocer del asunto, conforme al artículo 44 de la Convención Americana de Derechos Humanos.¹⁶ Además, procesalmente se agotaron “los recursos internos”, en

¹⁰ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *idem*, nota 9, p. 2. Donde se indica que los hechos ocurrieron en 2003, el 10 de agosto, entre las 6 y 8 de la noche llevándola en ambulancia al centro de salud de Yanoaca.

¹¹ Al encontrarse en la sala de partos de un centro de atención médica, la obstetra y el personal auxiliar abandonaron a la madre, y ella, al orinar, sintió la salida de la cabeza del menor. Al levantarla desde la baciniquilla donde se encontraba en cuclillas la mujer parió cayendo el bebé y “chocando violentamente con el suelo de cemento, golpeándose la cabeza y cortando el cordón umbilical”. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Idem*, nota 9, p. 2, párrafo 10.

¹² Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *idem*, nota 9, p. 2, párrafo 12.

¹³ *Ibidem*, párrafo 13.

¹⁴ *Ibidem*, párrafo 14.

¹⁵ *Ibidem*, párrafo 21.

¹⁶ *Ibidem*, párrafos 32, 33 y 34.

razón de haberse planteado nacionalmente y haberse omitido la corrección del mismo.

Asimismo, frente a los hechos planteados, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos indica que podrían constituir una violación al derecho a una vida digna, integridad personal, y protección personal, integridad personal de la madre, integridad personal, garantías judiciales y la protección judicial, las providencias para que gocen de derechos económicos, sociales y culturales en la medida de los recursos disponibles por parte del Estado conforme a los artículos 4o., 5o. y 19 de la Convención Americana de Derechos Humanos.¹⁷

El Estado genera una discapacidad por temor.

En el caso en cuestión, se le considera discapaz de cuidar a sus hijos a una madre porque informes psicológicos de 2009 recomendaron medidas de atención sicológica, y otro informe y actos materiales de asistentes sociales consideran a la madre como incapaz (quitándole a sus hijos) de criar a sus hijos, disminuyéndola frente al cuerpo social de indígenas al cual pertenece.¹⁸ Así se reproduce:

Los peticionarios argumentan que para una mujer indígena, que se le acuse de no ser capaz de cuidar a sus hijos es especialmente grave y que para su comunidad es una señal de que no es una persona valiosa. Los peticionarios afirman que toda esta situación ha tenido efectos sumamente nocivos para la autoestima de la Sra. E., así como sobre su salud.

Además, existe un fuerte efecto sobre los hijos. Uno de ellos, en el centro educacional donde vive, estaría sometido a violación anal. Así nos permitimos indicar:

Los peticionarios alegan que el 8 de diciembre, después de una audiencia de 15 minutos y exclusivamente con base en el informe del trabajador social, en el que se citaba un resumen —y no la totalidad— del informe psicológico de 2009 en el que se habían evaluado las capacidades de la Sra. E., y en el hecho de que cinco de sus hijos se hallaban bajo la custodia continua del Director, J, su sexto hijo, también fue puesto bajo la custodia continua del Director, y se

¹⁷ *Ibidem*, párrafos 50, 51, 52 y 53.

¹⁸ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Loni Edmonds contra Canadá*, Informe, núm. 89/13, Admisibilidad, Petición 879-07, Loni Edmonds e Hijos, Canadá, 4 de noviembre de 2013, párrafo 18.

expresó claramente que en el futuro no se consideraría devolverlo a su madre. Los peticionarios aseveran que la Sra. E. no estaba presente (porque no podía escuchar a otro juez afirmar que era incompetente como madre) y el abogado que le asignó el Estado no dijo nada.

Los peticionarios alegan que la única representación de los intereses de los niños fue del Ministerio (el mismo trabajador social que analizó la situación de la Sra. E., produjo el informe y sugirió el retiro de los niños) y que no fueron escuchados.¹⁹

Asimismo, desde el punto de vista del derecho internacional público tradicional, la nación Lil'wat sería soberana “que no ha firmado ningún tratado con Canadá y que no existe ninguna aplicación directa del derecho internacional en los tribunales canadienses que les permita conservar la jurisdicción sobre el cuidado, desarrollo y orientación futura de sus hijos y no verse sujetos a otra ronda de asimilación forzada”.²⁰ Según el Estado:

La información adicional suministrada por el Estado señala que esta decisión se basó en un informe sobre Capacidad de Crianza, del 15 de mayo de 2009, que indicaba que la Sra. E. no tenía la capacidad psicológica para criar continua y adecuadamente a sus cuatro hijos, a pesar de que los amaba. En general, a lo largo de los años, las preocupaciones respecto a los niños se han referido a las dificultades que han enfrentado los trabajadores sociales para tener acceso a la Sra. E.; que la vivienda regularmente está extremadamente sucia; que la Sra. E. no vacuna a sus hijos; que la Sra. E. no lleva a sus hijos regularmente al médico o al dentista cuando es necesario; la presencia de basura y desechos por todos lados; la supervisión inadecuada o nula de los niños muy pequeños; la regular inasistencia de los hijos mayores a la escuela; las faltas a las citas; que los niños no salen de la casa; y la incapacidad de la Sra. E. de enseñar a su hijo de cinco años a usar el baño. La orden del tribunal suministrada por el Estado indica que no se estaba escuchando a los niños.²¹

¿Son suficientes las afirmaciones estatales o el cariño y amor de madres y padres?

El sistema jurídico interamericano de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha indicado lo siguiente respecto de los indígenas, y que

¹⁹ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *idem*, nota 19, párrafos 20 y 21.

²⁰ *Ibidem*, párrafos 23 y 24.

²¹ *Ibidem*, párrafo 39.

es aplicable a la madre en cuanto indígena, lo que hace aún más vulnerable en su discapacidad:

En este sentido, la CIDH reitera que la jurisprudencia del sistema interamericano ha determinado con respecto a los pueblos indígenas que el Estado debe otorgarles una protección efectiva que tome en cuenta sus tradiciones propias, sus características económicas y sociales, así como su situación de especial vulnerabilidad, su derecho consuetudinario, valores, usos y costumbres.²² Esto incluye también tomar en cuenta los mecanismos políticos que utilizan los pueblos indígenas a través de sus respectivos representantes para manejar sus relaciones con el Estado y reclamar sus derechos.

Además, el sistema interamericano ha establecido que existen ciertas categorías de grupos vulnerables, entre otros los pueblos indígenas, las personas que viven en pobreza, las personas que viven con discapacidad y los niños²³ para los cuales dicha vulnerabilidad tiene un efecto en sus garantías de acceso a la justicia y debido proceso. En este sentido, las Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad²⁴ establecen que el Estado tiene una obligación mayor de asegurar el acceso a la

²² Corte Interamericana de Derechos Humanos, *caso Comunidad Indígena Yakye Axa*, sentencia del 17 de junio de 2005, serie C, núm. 125, párr. 63; *caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa*, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 29 de marzo de 2006, serie C, núm. 146, párr. 83, y *caso del Pueblo Saramaka*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 28 de noviembre de 2007, serie C, núm. 172, párr. 178; *caso Tu Toyín*, sentencia del 26 de noviembre de 2008, serie C, núm. 190, párr. 96, CIDH, informe núm. 58/09 (admisibilidad), Petición 12,354, Pueblo indígena Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus miembros (Panamá), 21 de abril de 2009, párr. 37.

²³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *caso Furlan y Familiares vs. Argentina*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 31 de agosto de 2012, serie C, núm. 246, párr. 241; y Corte Interamericana de Derechos Humanos, *caso Atala Rifo y Niñas vs. Chile*, solicitud de interpretación de la sentencia de fondo, reparaciones y costas, sentencia del 21 de noviembre de 2012, serie C, núm. 254, párr. 199.

²⁴ En el ámbito de la Organización de los Estados Americanos, la Asamblea General de la OEA ha adoptado dos resoluciones en materia de garantía al acceso a la justicia: resolución AG/RES. 2656 (XLI-O/11), *Garantías para el acceso a la justicia. El rol de los Defensores Públicos Oficiales*, aprobada en el cuadragésimo primer periodo ordinario de sesiones de la Asamblea General, celebrada el 7 de junio de 2011; y AG/RES. 2714 (XLII-O/12), *Defensa pública oficial como garantía de acceso a la justicia de las personas en condiciones de vulnerabilidad*, aprobada en la segunda sesión plenaria, celebrada el 4 de junio de 2012. En el marco de la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, celebrada en Brasilia del 4 al 6 de marzo de 2008, se adoptaron las *Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad*, aprobadas en desarrollo a los principios recogidos en la *Carta de Derechos de las Personas ante la Justicia en el Espacio Judicial Iberoamericano* (Cancún, 2002).

justicia para todas las personas en condición de vulnerabilidad bajo términos iguales y el deber de adaptar los procedimientos y todas las garantías del debido proceso para proteger sus derechos.²⁵

Es por lo citado que, al menos en lo que nos preocupa (la discapacidad de la madre), el Estado debe actuar de manera que prevalezca la unidad de la familia. Así es como la Comisión acepta conocer del asunto en razón basado en el derecho a la honra, reputación personal, vida privada y familiar, constitución y protección de la familia, protección a la maternidad y a la infancia, entre otros.²⁶

2. Asuntos resueltos

El accidente en un predio del Estado²⁷

Este asunto, ejemplo de una sentencia sancionadora a un Estado al desconsiderar la discapacidad como elemento fundamental para acelerar un procedimiento judicial.²⁸ En efecto, un muchacho en 1988, a consecuencia de un accidente ocurrido dentro de un predio del Estado, queda discapacitado. El padre demanda al Estado por daños y perjuicios en relación con la “incapacidad resultante del accidente”. El juicio se extendió desde el 18 de diciembre de 1990 hasta 2003, donde obtuvo 38,300 pesos argentinos de una suma de 130,000 pesos argentinos solicitados. Luego, en 2009 solicitó una “pensión no contributiva de validez”.²⁹ Se tramitó, conforme al procedimiento nacional por encontrarse con un 80 por ciento de discapacidad a causa de un retraso mental moderado.³⁰ En este caso, la Corte Interamericana de Derechos Humanos aplicó la Convención Interamericana aludida y la convención internacional también aludida. El tribunal indicó que toda persona con vulnerabilidad es titular de una protección especial.³¹ Esta pro-

²⁵ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *op. cit.*, nota 19, párrafos 58 y 59.

²⁶ *Ibidem*, párrafo 72.

²⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Furlan y familiares vs. Argentina*, San José de Costa Rica, 2012.

²⁸ Podría titularse la discapacidad como motivo para la celeridad judicial.

²⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *op. cit.*, nota 28, párrafo 115.

³⁰ *Ibidem*, párrafos 114 y 116.

³¹ *Ibidem*, párrafos 132-134

tección no sólo se refiere a la excepción de violentar los derechos humanos, sino de ejecutar actividades positivas en función de las especiales necesidades de protección del sujeto de derecho. En el caso del procedimiento llevado adelante en Argentina relacionado con la indemnización de perjuicios, éste se demoró desconsiderando las especiales necesidades del actor. La consecuencia de lo anterior fue que se afectó el “plazo razonable”.³² Lamentablemente, este caso pone de relieve la lentitud de la justicia y su sanción en el ordenamiento jurídico internacional regional (americano) de los derechos humanos. No necesariamente se sanciona al Estado por la demora en la reparación del daño a la víctima, con lo que constituye un acto de demora o denegación de justicia, y consecuencial, mas no directamente, la provocación de mayores daños al discapaz, al no poder enfrentar los gastos de su recuperación.

a. Asunto mexicano

Este asunto es el de un joven con la enfermedad de Asperger y una edad de seis años.³³ Una severa falta de oxigenación afectó su desarrollo neurológico.³⁴ Finalmente se le diagnosticó en 2004 el “síndrome de Asperger”.³⁵ El padre solicitó que se declarara el “estado de interdicción” en 2008,³⁶ fue analizada su capacidad intelectual por dos facultativos médicos, y llegaron a la misma conclusión, de que el joven estaba enfermo de Asperger.³⁷ Asimis-

³² *Ibidem*, párrafo 140.

³³ República de México, *Amparo en Revisión 159/2013, Quejoso y recurrente: RACR, Ministro ponente Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, secretario: Javier Mijangos y González*, Primera Sala de la Corte de Justicia de la Nación de México, Ciudad de México, 16 de octubre de 2013, p. 4.

³⁴ *Ibidem*, nota 34, p. 4.

³⁵ *Ibidem*, nota 34, p. 6. “En el ámbito de la psiquiatría, el síndrome de Asperger es definido como una alteración en las interacciones sociales, caracterizada por un comportamiento ingenuo, desapegado e introvertido de la persona, misma que cuenta con dificultades para comprender los sentimientos de los demás, así como para interpretar las claves sociales no verbales. Adicionalmente, dicho síndrome se identifica por la repetición de ciertas conductas, sin que lo anterior se refleje en un retraso en el uso del lenguaje o de las capacidades motrices”. *Idem*.

³⁶ *Idem*.

³⁷ *Ibidem*, nota 34, p. 7, “...inteligencia limítrofe, ante lo cual requería apoyo y supervisión de un adulto, pues tenía restricciones para poder desenvolverse en los mismos términos que alguien de su edad...”, *idem*.

mo, un segundo examen por otros dos facultativos alcanzó una conclusión similar.³⁸ El 20 de agosto de 2008, luego de una serie de trámites procesales, se declaró “en estado de interdicción a RACR, y se designó como tutora a su madre LRG” y curado a su padre ACR.³⁹ En 2011, los padres de la persona en estado de interdicción le comunicaron la consecuencia de la sentencia y le señalaron que ellos lo apoyarían en cualquier decisión que tomara en el futuro.⁴⁰

El amparo indirecto fue la vía procesal escogida por el accionante en razón de encontrarse las normas del Código Civil de México en contradicción con la Constitución Política mexicana y con la Convención sobre Derecho de las Personas con Discapacidad.⁴¹ Esta decisión muestra que el argumento de la “contradicción” normativa se refiere a los antecedentes normativos de las normas jurídicas del caso y a las consecuencias jurídicas de las mismas. Por una parte las normas del Código Civil de México, una vez que fue declarada médicaamente la deficiencia del desarrollo mental de la persona, concluía con la interdicción de la misma, y en el segundo caso las normas constitucionales y convencionales o de tratados concluían con una declaración de discapacidad, que lo colocaba en una situación jurídica diferente a la interdicción por incapacidad mental. Los argumentos jurídicos de la “contradicción” entre normas son diferentes, pero se resumen en:

1. El solo reconocimiento de la personalidad incluye la titularidad, los derechos derivables y el ejercicio autónomo de los derechos, interpretando y aplicando el artículo 12 de la Convención,⁴² posterior al Código Civil.
2. El “diseño normativo” en razón de haberse analizado profundamente la norma jurídica nacional en torno a la capacidad, y que se refiere a la medida de interdicción, ésta debe “respetar” tanto los “derechos, voluntad y preferencias”. Las normas jurídicas mexicanas que establecen la interdicción no respetan el concepto de dis-

³⁸ *Idem.*

³⁹ *Idem.*

⁴⁰ *Ibidem*, pp. 7 y 8.

⁴¹ *Ibidem*, p. 8.

⁴² *Ibidem*, p. 9.

- capacidad, respeto entendemos, absteniéndose de intervenir, admitiendo el ejercicio de los derechos, la voluntad y las preferencias.⁴³
3. La igualdad es violentada como principio, en razón de no hacerse la distinción con base en la diferencia en razón del tipo de discapacidad.⁴⁴

En 2011 se admitió este trámite, y en 2012 fueron rechazados en la sentencia los fundamentos relativos al Código Civil, pero como se “vulneró la garantía de audiencia del quejoso”.⁴⁵ El razonamiento del tribunal en la sentencia se resume de la siguiente manera:

- a. Se distinguió entre capacidad “de goce” y capacidad “de ejercicio”, y que la primera es inherente al ser humano pudiendo perderse la segunda mas no la primera porque por el sólo hecho de ser Ser humano se la posee.⁴⁶
- b. La Convención de Naciones Unidas, además, admitiría en su texto en inglés, la restricción de la “capacidad de ejercicio”.⁴⁷
- c. La restricción de la capacidad “de ejercicio” no implica una vulneración a la dignidad de la persona porque es permitida por la Convención y no es inherente a la persona.⁴⁸
- d. Se distingue entre “tutela” y “discernimiento”. El discapaz puede contar con “tutela”, pero debe ser “mayor de 16 años” y “capaz de discernimiento” para ser “consultado”.⁴⁹

Se concedió el amparo porque se violentó la “garantía de audiencia del quejoso”.⁵⁰

En 2012, luego de la recién nombrada sentencia, se recurrió de “revisión” por las siguientes razones, pese al amparo otorgado:

a) Interpretación errónea de la Convención de Naciones Unidas, la “capacidad de ejercicio” es reconocida en el artículo 12 de la misma. El

⁴³ *Idem.*

⁴⁴ *Ibidem*, p. 10.

⁴⁵ *Ibidem*, p. 11.

⁴⁶ *Idem.*

⁴⁷ *Idem.*

⁴⁸ *Idem.*

⁴⁹ *Ibidem*, p. 12.

⁵⁰ *Idem.*

Código Civil para el Distrito Federal de México, sin embargo, desconoce la discapacidad como un tipo de capacidad suprimiendo el “derecho a la personalidad jurídica”.

b) Ausencia de “salvaguardas adecuadas y efectivas” para la capacidad “de ejercicio” por el Estado de México y, por consiguiente, violación de la obligación jurídica internacional contenida en el artículo 12.4 de la Convención, por modificarse el “estado de interdicción”, porque impide el “respeto de los derechos, voluntades y las preferencias” de los discapacitados en toda su extensión. El mencionado estado no es una medida “proporcional y adaptada a las circunstancias”. La restricción de un “derecho fundamental” (al de la personalidad jurídica) requiere cumplir con: tener “una finalidad válida”, y que “la medida sea necesaria para alcanzar la finalidad”, que sea “la menos restrictiva” para alcanzar tal finalidad, exista ausencia de afectación innecesaria o desmedida de otros derechos constitucionalmente protegidos y la proporcionalidad en cada caso. No ocurriría en el caso de la discapacidad porque “no permite contextualizar la capacidad respecto de cada persona con discapacidad”.⁵¹ Asimismo, el “estado de discapacidad” no se somete a análisis de una autoridad o de un órgano judicial, porque el juzgador “evalúa un material ofrecido por una persona parcial”, debido a que en el mes de enero se entrega un informe y un certificado de dos siquiatras, pero se carece la posibilidad de un procedimiento impugnativo de los mismos.⁵² La Convención no acepta la discriminación de un ejercicio de los derechos en condiciones desiguales.⁵³ Asimismo, se reclama que los principios de “congruencia y exhaustividad” fueron violentados por el tribunal. La razón se encontraría en la “omisión del análisis de la declaratoria de interdicción” y la “omisión legislativa de establecer salvaguardas adecuadas” a la posibilidad del recurrente a fin de ejercer su voluntad transgredían (o no) tanto su “derecho a la igualdad” y su derecho “a la no discriminación” por la estigmatización que se genera en su contra.⁵⁴ El “estado de interdicción” plasma y reproduce estereotipos. Los mismos provocan “prácticas discriminatorias por las autoridades y los particulares”, según el recurrente.⁵⁵ Así también se reclama la au-

⁵¹ *Ibidem*, p. 14.

⁵² *Ibidem*, pp. 14 y 15.

⁵³ *Ibidem*, p. 15.

⁵⁴ *Idem*.

⁵⁵ *Idem*.

sencia del uso de un formato “sencillo” para la sentencia, con lo cual, al omitirse el mismo, se violentarían una serie de normas de la Convención de Naciones Unidas con relación al derecho a la información.⁵⁶

Luego de un examen de admisibilidad, la Corte Suprema de México, a través de uno de sus ministros, al hacer suya la petición del recurrente por carecer éste de legitimación activa, procedió a conocer del asunto.⁵⁷

El fallo del asunto considera relevante hacer constar que el mismo afecta la “esfera jurídica de una persona con discapacidad”.⁵⁸ En cuanto a la argumentación, los argumentos entregados por el recurrente son “fundados”. Consecuencia de lo anterior es que los mismos son idóneos. Dicha idoneidad es suficiente para otorgar el amparo y la protección jurídica.⁵⁹

El fundamento de la sentencia se considera con base en “principios”. Este fundamento, elemento clave en la argumentación o desarrollo lógico de la sentencia misma, dice relación con un “marco teórico jurídico”. Esta teoría o hipótesis se fundamenta, a su vez, o tiene como “punto de partida” o “punto de vista” los siguientes principios: “igualdad”, “no discriminación”.⁶⁰ Como lo indica García Amado, esto permite lograr evitar una serie de problemas estrictamente jurídicos (antinomias y lagunas) y una justificación interna y una justificación externa del texto argumentativo que sostiene la sentencia.⁶¹ El fundamento de aplicación de estos principios es que por medio de la omisión de la discriminación al discapaz se propicia la igualdad. Se afirma que la discapacidad es un “estado de salud” propio, modificándose hacia un sistema rehabilitador, individual, o médico. El objetivo principal es “normalizar a la persona a partir de la

⁵⁶ *Idem.*

⁵⁷ *Ibidem*, p. 16.

⁵⁸ *Ibidem*, p. 21.

⁵⁹ *Idem.*

⁶⁰ *Idem.*

⁶¹ García Amado, Juan, *Razonamiento jurídico y argumentación*, León, Eolas, 2012, pp. 32 y 33, pp. 55 y 70. Al respecto, tales justificaciones no sólo se desarrollan por el juez, sino por las partes y fuera de la discusión jurídica actual de un asunto deben ser aplicadas por el Legislador o por el Ejecutivo. Obviamente, en un texto jurídico de investigación tales justificaciones deberían estar presentes. Por extensión, no me explayaré más, pero resulta necesaria en cualquiera de las formas en que piensan quienes se han llegado a llamar “operadores jurídicos”, y así lo hemos expuesto en nuestro *Curso breve de argumentación jurídica para operadores jurídicos y no operadores jurídicos*, que presentaremos en la Academia Judicial de Chile en abril 2015.

desaparición u ocultamiento de la deficiencia que tiene”.⁶² Además, se hace referencia a un “modelo social”. Existiría, según la sentencia, por medidas que pretenden “aminorar las barreras”.⁶³

b. Regulación chilena del discapacitado

Al discapacitado en Chile se le considera una persona incapaz, al interpretarse la normativa jurídica interna, donde sobre un 50 por ciento de discapacidad se le aplica el estatuto de la incapacidad.⁶⁴ Esto contravendría las normas jurídicas internacionales vigentes en Chile. Lo anterior, por cuanto colocaría al discapaz en una negativa a sus derechos consagrados en los tratados incorporados como leyes nacionales, con lo cual la contradicción entre tales derechos y la situación jurídica del discapaz en Chile es evidente, generando una especie de laguna por contradicción, en razón de consagrarse derechos al discapaz para luego negárseles por la regulación jurídica nacional al establecer porcentajes. Si se sobrepasa dicho porcentaje, nos enfrentamos a la incapacidad y no a la discapacidad, según una interpretación; es más, se le denomina “dementia”, que desde un punto de vista del lenguaje es aún más violento como denominación.⁶⁵ Algo más complejo es determinar entonces cuándo se es incapaz.

III. DISCAPACIDAD EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO INTERNACIONAL

Desde el punto de vista metodológico, la regulación jurídica internacional de la discapacidad es exigua debido a la novedad del tema, y dice relación con los derechos propios de una sociedad que pretende entregar mejores ni-

⁶² República de México, *op. cit.*, nota 34, p. 24.

⁶³ *Idem.*

⁶⁴ República de Chile, Excelentísima Corte Suprema de Chile, causa Cataldo Ojeda Edith con Alcaíno Avilés, Oscar, Rol 32942-2014, donde se hace mención a este porcentaje como fundamento de una sentencia en que se indica que al encontrarse por sobre el máximo de discapacidad se le considera “demente”, o sea, incapaz.

⁶⁵ República de Chile, Excelentísima Corte Suprema de Chile, *op. cit.*, Considerando cuarto, tercer párrafo, tercera parte, donde se le atribuye el carácter de “dementia habitual” a la situación jurídica en que se encuentra una persona con más de un cincuenta por ciento de discapacidad.

veles de desarrollo a sus nacionales y no sólo poder ejercer derechos básicos propios de un sistema constitucional democrático.⁶⁶ Es más, la regulación jurídica internacional muestra, además, ausencia de una definición de la discapacidad. Lo anterior significaría, llevado al extremo, que un país con bajo desarrollo educacional y económico no tendría razón para contar con normas jurídicas sobre la discapacidad, cuestión que repugna a cualquiera que considere la necesidad de defensa frente a la discapacidad.

Esto no es menor, no sólo por lo que indica la convención (que reúne las normas jurídicas más relevantes), sino para la comprensión de muchas de las “obligaciones de medio” y no “obligaciones de resultado”; es decir, aquellas aplicables gradual o progresivamente, considerando los medios económicos que el Estado obligado pueda contar para cumplirlas. Como señala Herdeggen, estos derechos y obligaciones nacen “a partir del reconocimiento del ser humano como sujeto de derecho...”. Los derechos humanos, según este autor, nacen de la protección de las minorías. En esto, Europa se adelantó al mundo producto de momentos históricos, guerras, donde se ha aniquilado a poblaciones enteras. En el artículo 1o., núm. 3 de la Carta de Naciones Unidas, basta con detentar la calidad de ser humano.⁶⁷

Las normas jurídicas internacionales que regulan la discapacidad, anteriores a la Convención Internacional sobre Discapacidad, pueden clasificarse como aquellas de primera generación de carácter internacional propiamente tal⁶⁸ o internacional regional⁶⁹ y las normas de segunda generación internacional propiamente tal⁷⁰ y regional.⁷¹

⁶⁶ Herdeggen, Mathias, *Derecho internacional público*, México, UNAM, 2003, donde se indica que se pretende proteger “determinados estándares internacionales”, p. 357. El problema principal, según el autor citado, son las diferencias en el desarrollo histórico de los Estados. Se caracterizan las obligaciones como “no muy determinadas”, p. 365.

⁶⁷ *Ibidem*, p. 355.

⁶⁸ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, entre otros.

⁶⁹ Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, Pacto Interamericano de Derechos Humanos, Carta Social Europea, entre otros.

⁷⁰ Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Fórmas de Discriminación contra la Mujer, Convención sobre los Derechos del Niño, Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de los Trabajadores Migratorios y sus Familias, Convenio sobre la Readaptación Profesional y el Empleo de Personas Inválidas de la Organización Internacional del Trabajo (Convenio 159), la Declaración de los Derechos del Retrasado Mental (AG.26/2856, del 20 de diciembre de 1971), la Declaración de los Derechos de los Impedi-

1. La Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo⁷²

A. Cuestiones preliminares

Esta Convención es producto del acuerdo que se ha tomado en 2006 por la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas, lo que en principio nos revela en su origen el consenso alcanzado en dicho órgano de la organización citada a fin de elaborar y sancionar este tratado.

Eso al menos nos hace pensar en un cierto “consenso universal” emplazado más bien en el interés de enfrentar una responsabilidad común, una suerte de “unidad contra las discriminaciones de la discapacidad”. Las características de esta norma jurídica es que como tal sigue el camino de otras convenciones, de constituirse en un tratado internacional de carácter “amplio” e “integral” (como las convenciones, sea diversidad biológica y cambio climático). Su objetivo es, entre otros, respecto de las personas con discapacidad, proteger sus derechos, su dignidad, contribuir “significativamente” a paliar la profunda desventaja social, promover la participación con igualdad de oportunidades (civiles, políticas, económicas, sociales y culturales), sin distinción de países donde debe aplicarse.⁷³

dos de las Naciones Unidas (Resolución 3447, del 9 de diciembre de 1975), el Programa de Acción Mundial para las Personas con Discapacidad, aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas (Resolución 37/52, del 3 de diciembre de 1982), los Principios para la Protección de los Enfermos Mentales y para el Mejoramiento de la Atención de la Salud Mental (AG.46/119, del 17 de diciembre de 1991), las Normas Uniformes sobre Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad (AG.48/96, del 20 de diciembre de 1993), la Declaración de Viena y Programa de Acción aprobados por la Conferencia Mundial de las Naciones Unidas sobre Derechos Humanos (157/93), entre otros.

⁷¹ El Protocolo Adicional de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador” (1988), la Declaración de Caracas de la Organización Panamericana de la Salud; la Resolución sobre la Situación de las Personas con Discapacidad en el Continente Americano (AG/RES. 1249 (XXIII-O/93)), la Declaración de Managua, de diciembre de 1993; la Resolución sobre la Situación de los Discapacitados en el Continente Americano (AG/RES. 1356 (XXV-O/95)), y el Compromiso de Panamá con las Personas con Discapacidad en el Continente Americano (resolución AG/RES. 1369 (XXVI-O/96), entre otros.

⁷² Organización de Naciones Unidas, *op. cit.*, nota 1, Organización de Naciones Unidas, *op. cit.*, nota 2.

⁷³ *Ibidem*, nota 1, letra “y”.

En el preámbulo se señala como elementos sobre los cuales se funda la Convención, la Carta de Naciones Unidas donde la paz, la libertad y la justicia, así como la familia humana, en cuanto se le reconoce la “dignidad y el valor inherentes y de los *derechos iguales e inalienables*” (cursivas nuestras) de todos sus miembros.⁷⁴ La misma se funda en que se requiere para alcanzar la paz, la libertad y la justicia el que los derechos iguales (además de inalienables) se funden en la dignidad y en el valor inherente de sus miembros. Es por lo anterior que, conforme a la investigación que se efectúa, es posible afirmar que los derechos que otorga se fundan en que los mismos son iguales para todos los miembros de esta familia.

Luego, en el preámbulo⁷⁵ se indica que además de recordar lo indicado, reconoce la ausencia de distinción de cualquier índole que posee toda persona en sus derechos y libertades proclamada en la Declaración Universal de Derechos Humanos y en los pactos internacionales de derechos humanos.⁷⁶ Esto resulta de interés, porque subyace el que estos derechos que deben ser iguales se fundamentan, asimismo, en los textos jurídicos internacionales donde se proclama la ausencia de distinción, o sea, la igualdad.

Reafirman una serie de características de los derechos humanos y libertades fundamentales, a saber: que son todos ellos indivisibles,⁷⁷ interdependientes,⁷⁸ interrelacionados.⁷⁹ Se reconoce, a su vez, que cualquier discriminación en razón de la discapacidad “constituye una vulnera-

⁷⁴ *Ibidem*, letra “a”.

⁷⁵ *Ibidem*, letra “b”.

⁷⁶ Entendemos que la referencia a los pactos internacionales sobre derechos humanos se refiere a los Pactos de Derechos Civiles y Políticos y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

⁷⁷ Indivisibles, “Dicho de una cosa: Que no admite división, ya por ser esta impracticable, ya por ser esta impracticable, ya porque impide o varíe sustancialmente su aptitud para el destino que tenía, ya porque desmerezca mucho con la división”, Real Academia Española, *Diccionario de la lengua española*, 23a. ed., Madrid, 2014, <<http://lema.rae.es/drae/?val=indivisible>> (2.5.2015).

⁷⁸ Interdependientes, que poseen dependencia recíproca, es decir, en una relación de origen o conexión, aunque puede ser de subordinación o dependencia mutua. Adaptado, Real Academia Española, *Ibidem*.

⁷⁹ Interrelacionados que proviene de interrelación que es la “[c]orrespondencia mutua entre personas, cosas o fenómenos”, Real Academia Española, *ibidem*, <<http://lema.rae.es/drae/?val=interrelacionados>> (2.5.2015).

ción a la dignidad⁸⁰ y el valor⁸¹ inherentes del ser humano”, donde dignidad y valor son los elementos principales, y la vulneración, es decir, la disminución o pérdida los “delitos” que se cometen.⁸² Es más, se indica que pese a los tratados internacionales y otras normas jurídicas, así como “programas”, existen barreras para “participar en *igualdad* de condiciones” con los demás en la “vida social”,⁸³ las dificultades que los llevan a ser tratados desigualmente a través de “múltiples y agravadas formas de discriminación” por razones o motivos diferentes,⁸⁴ donde niños y mujeres se ven afectados,⁸⁵ además de una relación directa entre discapacidad y pobreza o disminución de ingresos.⁸⁶ A fin de terminar con los efectos de la discapacidad, se hace necesario un mayor acceso al entorno físico, social, económico y cultural, así como el proceso de protección de la salud, educación, información y comunicaciones.⁸⁷ Finalmente, la familia se la protege para que las personas con discapacidad puedan desarrollarse como un todo. A la familia se le da la protección necesaria para proteger, a su vez, a las personas.⁸⁸

B. Derechos y obligaciones contenidos en la Convención

La Convención ofrece dos grandes ámbitos de obligaciones internacionales, todas generando prestaciones iguales, pero diferentes en cuanto a su objeto de regulación, porque sus “supuestos de hecho” se encuentran descritos de manera específica explicitando conceptualmente de manera mucho más determinada, si se desea, la prestación del Estado para con los habitantes de su territorio,⁸⁹ a saber:

⁸⁰ Dignidad que es “[c]orrespondiente, proporcionado al mérito y condición de alguien o algo”, adaptado de Real Academia Española, *Ibidem*, <<http://lema.rae.es/drae/?val=digno>> (2.5.2015).

⁸¹ Valor que es el alcance de la significación de la persona, adaptado de Real Academia Española, *Ibidem*, <<http://lema.rae.es/drae/?val=valor>> (2.5.2015).

⁸² Organización de Naciones Unidas, *op. cit.*, nota 1, letra “h”.

⁸³ *Ibidem*, “k”.

⁸⁴ *Ibidem*, letra “p”

⁸⁵ *Ibidem*, letras “q”, “r”, “s”.

⁸⁶ *Ibidem*, letra “t”.

⁸⁷ *Ibidem*, letra “v”.

⁸⁸ *Ibidem*, letra “x”.

⁸⁹ En esta materia Larenz, Karl, *Metodología de la ciencia del derecho*, Barcelona, Ariel, 2003, pp. 23 y ss.

- A. “Obligaciones internacionales generales”, artículos 4o., 31, 32, 33, y
- B. “Obligaciones internacionales específicas”, artículos 5o., 6o., 7o., 8o., 9o., 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29 y 30.

El criterio para colocar unas y otras es la explícita indicación de la calidad de “generales” en el artículo 4o. la naturaleza de la obligación, donde el “sujeto obligado” es el Estado, pero en su calidad de “sujeto de derecho internacional”, lo que no obsta a que pueda exigirse en tribunales nacionales e internacionales el cumplimiento de las obligaciones contenidas en la Convención. En el segundo caso, “obligaciones internacionales específicas”, pueden ser exigidas en tribunales nacionales e internacionales por los sujetos de derecho nacional, pero son exigibles, por la explicitación conceptual en ella indicada, en cuanto cada una contiene un “supuesto de hecho” específicamente descrito, y de otra coloca al Estado en la obligación de cumplir de manera directa en el derecho nacional.

Asimismo, si miramos en cuanto a las obligaciones de derecho internacional, de primera, segunda y tercera generación en el derecho internacional, podemos considerar:

- a. Obligaciones de derecho internacional, artículos 4o., números 4 y 5; 31, 32 y 33.
- b. Obligaciones y derechos de “primera generación” nos encontramos a los artículos 4o. números 1, 3 y 4; 5o., 10, 12, 14, 15, 16, 17, 18, 21, 22, 23 y 29.
- c. Obligaciones y derechos de “segunda generación” nos encontramos a los artículos 4o. número 2; 19, 20, 24, 25 y 27.
- d. Obligaciones y derecho de “tercera generación” nos encontramos a los artículos, 6o., 7o., 8o., 9o., 11, 13, 26, 28 y 30.

El Protocolo⁹⁰ a esta convención establece el procedimiento ante el Comité de la Convención sobre Derechos de las Personas con Discapacidad, y no altera lo expuesto anteriormente.

⁹⁰ Organización de Naciones Unidas, *op. cit.*, nota 2.

2. Convención Interamericana

La Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad⁹¹ es anterior a la Convención, por lo que deberán complementarse de acuerdo con lo expresado en otra parte de este trabajo.

La misma Convención define lo que es discapacidad, indicando que es una “deficiencia”⁹² que debe ser de orden “físico, mental o sensorial”,⁹³ provocando en la persona que la sufre una limitación para “ejercer una o más actividades esenciales en la vida diaria”.⁹⁴

Esta definición indica que no existe impedimento general de actuación en la vida diaria, pero posee una limitación jurídica. “Actividades esenciales en la vida diaria” podría entenderse y en principio nos lleva exclusivamente a comprender actos humanos de carácter material, dejando de lado a actos humanos intelectuales. Esto no deja de ser relevante por la situación jurídica del discapaz. Éste podría ser considerado, en principio, en una situación jurídica de incapacidad jurídica debido a la imposibilidad de ejercer actividades de las que se han expuesto, que pueden ser afectadas por una imposibilidad física extrema. Lo que no es motivo de discusión es lo relativo a su situación jurídica de “titular de auxilio”; no así de “protección jurídica”.⁹⁵

⁹¹ Organización de Estados Americanos, *op. cit.*, nota 3, Ciudad de Guatemala, 6 de julio de 1999 (ratificado por Chile el 12 de abril de 2001).

⁹² Deficiencia está relacionada a la imperfección, Real Academia Española, *op. cit.*, nota 76, <<http://lema.rae.es/drae/?val=deficiencia>> (2 de mayo de 2015).

⁹³ La deficiencia física es el funcionamiento físico “inferior a lo normal que se manifiesta desde la infancia y está asociado a desajustes en el comportamiento”, adaptado de Real Academia Española, *op. cit.*, nota 76, <<http://lema.rae.es/drae/?val=deficiencia>> (2 de mayo de 2015).

La deficiencia mental es el “[f]uncionamiento intelectual inferior a lo normal que se manifiesta desde la infancia y está asociado a desajustes en el comportamiento”, Real Academia Española, *op. cit.*, nota 76, <<http://lema.rae.es/drae/?val=deficiencia>> (2 de mayo de 2015).

La deficiencia sensorial podemos indicarla como funcionamiento sensorial “inferior a lo normal que se manifiesta desde la infancia y está asociado a desajustes en el comportamiento”, adaptado de Real Academia Española, *op. cit.*, nota 76, <<http://lema.rae.es/drae/?val=deficiencia>> (2 de mayo de 2015).

⁹⁴ Organización de Estados Americanos, *op. cit.*, nota 3, artículo 1o., núm. 1.

⁹⁵ Una serie de preguntas se plantean con el discapaz; por ejemplo, su capacidad de aprendizaje, sus posibilidades de actuar en la vida jurídica de manera libre y espontánea. Estas cuestiones deberían ser resueltas caso a caso de acuerdo con sus facultades. Lo que

Las causas de la discapacidad pueden tener su origen en el “entorno económico y social”, es decir, la deficiencia no define la discapacidad, sino el entorno imposibilita el desarrollo personal, a consecuencia del mismo, la deficiencia detentada es insalvable por ausencia de ayuda o auxilio o la generación de barreras que no permiten alcanzar los objetivos indicados en el artículo.

Es posible clasificar las obligaciones de esta convención de la siguiente manera, así:

- a. Medidas basadas en normas jurídicas o programas estatales o de diseño de bienes o actos de personas naturales o jurídicas públicas o privadas.⁹⁶
- b. Detección y prevención de actos de discriminación contra personas con discapacidad.⁹⁷
- c. Cooperación y colaboración.⁹⁸
- d. Promoción y comunicación.⁹⁹

A su vez, el Protocolo de San Salvador¹⁰⁰ complementa estos derechos de los discapaces al referirse a:

- a. Derechos a la constitución y protección de la familia donde se incluye a la madre y a los hijos antes y después del parto hasta la adolescencia.¹⁰¹
- b. Derecho de la niñez.¹⁰²
- c. Protección a los ancianos.¹⁰³
- d. Protección a los minusválidos.¹⁰⁴

Además, la referencia debe entenderse a que todo discapaz verá protegidos sus derechos contemplados en el Protocolo mencionado.

no puede hacerse es por el hecho de la discapacidad considerarlo a priori limitado en el actuar y juzgarlo consecuentemente así.

⁹⁶ Organización de Estados Americanos, *op. cit.*, nota 3, artículo 3o., número 1.

⁹⁷ *Ibidem*, artículo 3o., número 2.

⁹⁸ *Ibidem*, artículo 4o.

⁹⁹ *Ibidem*, artículo 5o.

¹⁰⁰ *Ibidem*, nota 4o.

¹⁰¹ *Ibidem*, artículo 15.

¹⁰² *Ibidem*, nota 99, artículo 16.

¹⁰³ *Ibidem*, artículo 17.

¹⁰⁴ *Ibidem*, artículo 18.

A su vez, podemos clasificar los derechos que se establecen en esta materia de la siguiente manera:

Derecho contra el Estado:

1. Exigir al Estado promoción de iguales oportunidades a personas discapaces.¹⁰⁵
2. Exigir medidas antidiscriminatorias:¹⁰⁶
 - a. Accesibilidad,
 - b. Realización de “ajustes necesarios”
 - c. “prevención de conductas de acoso”.¹⁰⁷
3. Pleno goce y ejercicio de sus derechos en condiciones de igualdad a mujeres con discapacidad y personas con discapacidad mental.¹⁰⁸
4. Pleno goce y ejercicio de derechos a niños con discapacidad en cuanto ser parte de una familia, mantener su fertilidad, en condiciones de igualdad con los demás, entre otras.¹⁰⁹
5. Adopción de medidas necesarias para evitar situaciones de violencia, abuso y discriminación a niños y mujeres con discapacidad y las personas con discapacidad mental.¹¹⁰
6. Exigir que se protejan los intereses superiores de los niños.
7. Rehabilitación de las personas a fin de que “desarrollen al máximo sus capacidades y aptitudes”.¹¹¹

En cuanto a las obligaciones:

1. No someter a personas con “discapacidad mental... contra su voluntad, a prácticas o terapias que atenten contra su dignidad, derechos o formen parte de experimentos médicos o científicos”.¹¹²
2. Promover la autonomía personal.¹¹³

¹⁰⁵ *Ibidem*, nota 3, artículo 4o.

¹⁰⁶ *Ibidem*, artículo 8o., inciso 1

¹⁰⁷ *Ibidem*, artículo 8o., incisos 2, 3, 4.

¹⁰⁸ *Ibidem*, artículo 9o., inciso 1.

¹⁰⁹ *Ibidem*, artículo 9o., inciso 2.

¹¹⁰ *Ibidem*, artículo 9o., inciso 3.

¹¹¹ *Ibidem*, artículo 11 primera parte, artículo 18 inciso primero.

¹¹² Organización de Estados Americanos, *op. cit.*, nota 3, artículo 11, segunda parte.

¹¹³ *Ibidem*, artículo 12, primera parte.

3. Promover la atención de las personas en situación de dependencia.¹¹⁴
4. Calificación y recalificación de las comisiones de medicina preventiva e invalidez.¹¹⁵
5. Prevención de la discapacidad.¹¹⁶
6. Adoptar medidas, planes y programas de prevención en consideración a factores de riesgo de discapacidad.¹¹⁷
7. Rehabilitación al Estado y a las personas naturales y jurídicas.¹¹⁸
8. Rehabilitarse con la participación de las familias y de la comunidad.¹¹⁹
9. Medidas de “acción positiva para fomentar eliminación de barreras arquitectónicas y promover la accesibilidad universal”.¹²⁰
10. Regular los mecanismos, procedimientos, y prácticas de selección para resguardar la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad que participen en ellos para rendición de exámenes u otros requisitos análogos.¹²¹
11. Modificaciones en la construcción, transporte público, establecimientos comerciales, industriales, y servicios públicos y privados.¹²²
12. Relativas a la educación.¹²³
13. Relativas a la capacitación e inserción laboral.¹²⁴
14. Exenciones arancelarias.¹²⁵

Obligaciones de las personas naturales discapacitadas:

1. Someterse a calificación.
2. Acudir a los exámenes y entrevistas.
3. Derecho y deber de rehabilitarse.¹²⁶

¹¹⁴ *Ibidem*, artículo 12, primera parte.

¹¹⁵ *Ibidem*, artículos 13 y 16.

¹¹⁶ *Ibidem*, artículo 19.

¹¹⁷ *Ibidem*, artículo 20.

¹¹⁸ *Ibidem*, artículo 21.

¹¹⁹ *Ibidem*, artículo 22.

¹²⁰ *Ibidem*, artículo 23.

¹²¹ *Ibidem*, artículo 24.

¹²² *Ibidem*, artículos 28-33.

¹²³ *Ibidem*, artículos 34-42.

¹²⁴ *Ibidem*, artículos 43-47.

¹²⁵ *Ibidem*, artículos 48-54.

¹²⁶ *Ibidem*, artículo 18.

Obligaciones de las personas jurídicas:

1. Regular mecanismos, procedimientos, y prácticas de selección resguardando igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad participantes para rendición de exámenes u otros requisitos análogos.¹²⁷
2. Lenguajes de señas.¹²⁸
3. Modificaciones en la construcción, transporte público, establecimientos comerciales, industriales, y servicios públicos y privados.¹²⁹

IV. LEYES CHILENAS SOBRE LA DISCAPACIDAD

*La discapacidad con interdicción o como incapacidad en Chile*¹³⁰

En Chile, al discapaz intelectual o cognoscitivo se le considera incapaz, como lo hemos indicado anteriormente. En efecto, la Ley 18.600, que regula la discapacidad de carácter mental, indica la forma de determinar la discapacidad en el artículo 2º., pero en el artículo 4º., inciso segundo, de dicha ley, se agrega que una vez constatada la discapacidad mental, cualquiera que sea la misma, puede pedirse la interdicción con base en el certificado que se emita sobre el punto. El fundamento es la “demencia” nombrándole curador. Este concepto, solicitud de interdicción, cualquiera que sea la discapacidad, pugna con los derechos del discapaz indicados en el número III de este artículo. Es decir, poco importa el porcentaje de discapacidad, como se indicó en la sentencia referida, sino que el hecho de la certificación es suficiente para colocar al sujeto en la calidad de discapaz. Entonces ¿cuál es el sentido de contar con estos derechos, obligaciones y leyes? si en definitiva se considera al discapaz como necesariamente sujeto a interdicción por “demencia”. Se asimila la demencia a discapacidad lógicamente hablando, cuando parecería no ser la solución adecuada.

¹²⁷ *Ibidem*, artículo 24.

¹²⁸ *Ibidem*, artículo 25.

¹²⁹ *Ibidem*, artículos 28-33.

¹³⁰ República de Chile, Ley 18600, que establece las normas sobre discapacitados mentales, *Diario Oficial*, 19 de febrero de 1987, artículo 2º.

La segunda ley chilena sobre discapacidad¹³¹ es de 2010. Contiene un tratamiento que castiga los actos que discriminan al discapaz. Dicha regulación establece la definición de discapacidad en relación con las personas. Así, considera discapacidad en las personas:

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.

Si se comparan las definiciones expuestas en primer lugar, vemos que no se define “discapacidad”, sino “persona con discapacidad”. En segundo lugar, se agrega la posibilidad de una o más deficiencias, cuando en la anterior definición sólo se refería a una deficiencia. Disminuye la tipología, sólo pueden ser físicas o mentales. Las causas no son debidas al entorno, sino a la psiquis, al intelecto o a los sentidos. Se agrega que la deficiencia puede tener un plazo o ser permanente, con lo que iguala a la definición internacional.

A su vez, dice correlación con las relaciones con barreras en el entorno, entendemos físico, que impiden o restringen la participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con otras personas.

El analizar esta definición nos coloca en una dificultad; es decir, determinar si es o no igual a la de la Convención Interamericana. Sin duda, no es igual, lo que nos trae un problema práctico, si bien prima la presente regulación por especialidad, puede reclamarse ante tribunales que la definición contenida en la convención referida tiene aplicación en el “supuesto de hecho” no regulado por esta ley, por cuanto dichos “supuestos de hecho” son “explicitación conceptual” de normas jurídicas igualmente vigentes en el derecho nacional. Una mayor “explicitación conceptual” de algunas normas jurídicas no deroga los “supuestos de hecho” ausentes de la “explicitación conceptual”, dado que todo ordenamiento jurídico supone unidad y coherencia.¹³²

¹³¹ República de Chile, *op. cit.*, nota 6.

¹³² Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, trad. de R. Vernengo, México, Porrúa, 1993, p. 48.

V. LAGUNAS, CONTRADICCIONES Y DEROGACIONES AL DERECHO CHILENO

Una primera contradicción es la definición de discapacidad y los objetivos de los textos en cuanto a la extensión de lo regulado. Lamentablemente, las definiciones se refieren a diferentes “supuestos de hecho” o “explicitaciones conceptuales”; en la ley se refiere a discapacidad, a fin de asegurar la igualdad de oportunidades, a su vez terminar con la discriminación. La Convención Interamericana define igualmente “discriminación”, pero no es la igualdad de oportunidades su “supuesto de hecho” o “explicitación conceptual”, sino la prevención y eliminación de todas formas de discriminación y propiciar la plena integración. La Convención Internacional tiene por propósito los “derechos humanos y libertades fundamentales y la dignidad inherente” de las personas con discapacidad, y para ello protege, promueve y asegura las mismas, incluyendo una suerte de definición de discapacidad, donde las “deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo impidan la participación plena y efectiva en igualdad de condiciones con los demás” son la explicitación de esta condición.¹³³

Una segunda contradicción que no podemos obviar es el tratamiento al discapaz mental o intelectual. Es de suyo que considerar al discapaz de este tipo como “incapaz”, “demente”, sujeto a interdicción por demencia, cuestión puesta de relieve en los asuntos sometidos a conocimiento judicial, particularmente el caso mexicano, pero expresado en el caso canadiense y de alguna manera incluido en el asunto peruano, permite entender una pugna a la discapacidad como un tercer estado mental que no puede ser asimilable a la incapacidad o asimilable a la incapacidad. La última opción definitivamente es incongruente con el derecho. Más complejo es que se está al dictamen de psicólogos cuando debería modificarse la clasificación conforme a la ley. Es más, si observamos los tratados internacionales al respecto, claramente, *in genere*, aparece tal nueva “situación jurídica”. Existen dos normas jurídicas igualmente válidas, específicas y necesariamente aplicables. Ambas son de derecho público, y ambas se aplican a la “situación de hecho jurídica” descrita, en el caso que nos ocupa, la “discapacidad mental”. Ciertamente, ambas han sido dictadas en tiempos diferentes, y la primera, que declara la discapacidad como

¹³³ Organización de Estados Americanos, *op. cit.*, nota 3, artículo 1o., inciso 2.

incapacidad o la asimila a ella, debería derogarse tácitamente por la segunda. Sólo que ello no es posible debido a que todo el sistema jurídico en vigor y las instituciones nacionales al respecto obedecen al razonamiento: el discapaz es incapaz, y se le debe declarar en interdicción por demencia, con lo cual se la sigue aplicando, y sin embargo, por normas jurídicas contradictorias, técnicamente, nos lleva a tener que inclinarnos por la inexistencia de una norma jurídica aplicable, en razón de estar vigentes dos normas jurídicas contradictorias.

Esta contradicción, amén de otras; por ejemplo, los derechos y obligaciones incluidas, el concepto de discriminación, nos llevan a una pregunta: ¿debemos implicar complementariedad o, por el contrario, contradicciones o lagunas? Entendemos que la Convención es la norma general y abstracta, además de ser la supletoria en esta materia, no pudiendo sino recurrir a la teoría general del derecho a fin de dilucidar el punto y sin entrar en explicaciones por un problema de extensión.¹³⁴

VI. LOS ASPECTOS RELEVANTES DEL CONCEPTO QUE NOS OCUPA

Una primera cuestión relevante es el fundamento del tratamiento jurídico de la discapacidad: ¿por qué tener normas jurídicas sobre el asunto? Una crítica hacia los derechos humanos es la extraordinaria capacidad de desarrollo de esta materia en concentrarse en “supuestos de hecho” muy específicos.¹³⁵ Algunos han propuesto la igualdad, por ser todos iguales ante la ley somos partícipes de elevación o auxiliados a la igualdad entre capaces y discapaces. Otros, fundamentan ese auxilio en la justicia, que resulta de incluir personas que no se encuentran incluidas. Aun es posible mencionar a la noción de dignidad humana, que reside en el solo hecho de ser humano. Un idea diferente se basa en la “identidad”; así, el fundamento para títulos, recursos y oportunidades es asegurar que las instituciones tratan a las personas con diferentes identidades respetuosamente, entregar a las personas un sentido de humildad institucional acerca de la equidad de las prácticas públicas, valores, y procesos de toma de decisiones, así como estos reclamos de identidad se han ubicado en la esfera pública, y un sentido pragmático

¹³⁴ Squella, Agustín, *op. cit.*, nota 7, pp. 55 y ss.

¹³⁵ Rivacoba y Rivacoba, Manuel, *Seminario de derecho penal*, Valparaíso, Universidad de Valparaíso, 1994.

hace que se desarrollen instituciones que puedan responder a ello de manera justa.¹³⁶ No nos extenderemos en las “razones de identidad”, mayormente aquí, por motivos de espacio. Finalmente, otros ponen el acento en una prioridad a los menos beneficiados,¹³⁷ un punto de partida consensual.

VII. CONCLUSIÓN

Como se ha observado de la lectura del texto, en el derecho chileno el tema de la discapacidad se encuentra regulado por normas jurídicas nacionales de origen nacional e internacional. Las mismas requieren interpretación armónica a fin de alcanzar una aplicación coherente. La jurisprudencia internacional y comparada nos entrega ciertos parámetros, guías, a fin de evitar lagunas, contradicciones u otras formas de dificultades interpretativas que rompan la armonía de la interpretación a fin de reconocer los derechos de los discapaces cognitivos. Esto evitando declararlos como incapaces.

Del mismo modo, las normas jurídicas antes discutidas llevan a entender el problema de la discapacidad como una contradicción. La misma se expresa jurídicamente conforme a lo expresado más arriba; es decir, entre normas. Asimismo, la aplicación de las normas jurídicas internacionales nos permite afirmar, en casos y en asuntos, que la discapacidad intelectiva. Se genera un nuevo “estado jurídico”, el de “discapaz” con derechos y obligaciones, así como el alcance jurídico de tal estado, límites de la diferencia entre la discapacidad, incapacidad y capacidad e inimputabilidad, imputabilidad y discapacidad, por ejemplo. Lo anterior supone, a lo menos, que los jueces deberán expresar su opinión frente a esta nueva “situación jurídica”. El nuevo régimen debería evaluar todas las consecuencias, no sólo, como se ha establecido, en materia penal, las agravantes, sino las mismas consecuencias en materia civil, y la necesidad de contar con una regulación acorde que permita al discapaz, actuar en la vida jurídica o sufriendo mayores penas quien actúe en su contra. El mismo límite deberá definirse para quienes sean discapaces a consecuencia de las actividades humanas. Asimismo, las “lagunas por contradicción” de efectos jurídicos

¹³⁶ Eisenberg, Avigail, *Reasons of Identity. A Normative Guide to the Political and Legal Assessment of Identity Claims*, Oxford, Oxford University Press, 2009, p. 15.

¹³⁷ Wolf, Jonhatan, De Shalit, Avner, *Disadvantage*, Oxford, Oxford University Press, 2007, p. 3.

entre normas jurídicas existen en el derecho, al menos en Chile, respecto de la discapacidad. Lo anterior por incorporación de normas jurídicas internacionales en el ordenamiento jurídico nacional, y su solución jurisprudencial supondría o una modificación de la aplicación de la ley o el señalamiento de la derogación de la norma jurídica o escoger una determinada norma jurídica (por especialidad de la norma en sí, “supuesto de hecho” más específico, inclusive, consecuencia jurídica deseada por el ordenamiento jurídico al incorporar nuevas normas jurídicas) como la apropiada.

En este sentido, es necesario hacer específica la “explicitación conceptual” de la protección al ser humano a la protección de la discriminación al ser humano discapaz. Es decir, sin perjuicio de consagrarse algunos derechos, no queda duda que el objetivo es lograr que se proceda a alcanzar a un ser humano, es decir, sea discapaz, capaz o incapaz, lo que se pretende es elevarlo a la visión sobre él por la sociedad de un ser capaz, que puede valerse por sí sin que otros lo rechacen o establezcan barreras sino por mérito producto de su inteligencia, esfuerzo y trabajo, lo que lo hace sentirse digno.

Respecto a las normas jurídicas infringidas, sea en la exposición de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, como en las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, hubiera sido de interés el desarrollo de las normas jurídicas internacionales. Se basan en normas propias de la Convención Interamericana de Derechos Humanos. Es encomiable el trabajo de las mismas para subsumir los “supuestos de hecho” a las normas jurídicas de la Convención Interamericana de Derechos Humanos, y con ello la Corte no aplicaría de manera correcta el derecho existiendo normas jurídicas específicas sobre los asuntos a ser resueltos. La Corte Suprema de Justicia mexicana efectuó un análisis exhaustivo y llegó a una conclusión extremadamente interesante al generar una nueva situación jurídica.