



Minuta sobre el Proyecto de Ley que “Establece normas de reconocimiento y protección de los derechos fundamentales de las personas con enfermedad o discapacidad mental” (Boletines N°10.755-11 y N°10.563-11 Refundidos)

Informe aprobado por el Consejo del Instituto Nacional de Derechos Humanos el 19 de junio de 2017 - Sesión Ordinaria N° 367.

## I. Resumen Ejecutivo

El proyecto declara como principal objetivo “hacer posible la garantía judicial de los derechos fundamentales de las personas con enfermedad o discapacidad mental, en especial sus derechos a la libertad personal, integridad física y psíquica, a la protección contra la tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes, así como su derecho al cuidado sanitario, por cuanto, declara la iniciativa, nuestra legislación “regula incorrectamente la internación involuntaria, permite el sometimiento a tratamientos médicos invasivos e irreversibles sin consentimiento, desconoce el derecho a la autonomía personal y la presunción de capacidad de este grupo humano, así como su derecho a la no discriminación”<sup>1</sup>.

Como consecuencia de lo anterior, el proyecto busca: asegurar que las personas con discapacidad mental (PcD mental) sean tratadas como capaces, actuando representados legalmente solo cuando sea necesario; reconocer y garantizar sus derechos fundamentales; establecer obligaciones para el Estado respecto a la atención de la salud mental; establecer requisitos y garantías en casos de internación involuntaria de PcD mental; y establecer estándares para la atención en salud mental.

De esta forma, el proyecto pone en valor la capacidad de decisión y manifestación de voluntad de PcD mental; establece un procedimiento de internación no voluntaria que incorpora garantías; y entrega a los órganos jurisdiccionales el control de los procedimientos de internación involuntaria, evitando de esta manera posibles situaciones de abuso y vulneración de derechos.

Sin perjuicio de los avances anteriormente indicados, como se explicará más adelante, en el proyecto predomina un enfoque médico-rehabilitador de la discapacidad; se mantiene el régimen de sustitución de voluntad de PcD mental en diversas partes de su articulado, que evidencia una confusión en torno a la capacidad jurídica en la toma de decisiones; y no elimina normas existentes en otros cuerpos normativos que mantienen figuras que niegan el derecho a la información de PcD mental, así como aquellas que permiten que estas sean sometidas a procedimientos de carácter invasivo o irreversible sin su consentimiento.

---

<sup>1</sup> Fundamentos del Proyecto de Ley. p 3.

El presente informe tiene por objeto entregar la posición del INDH sobre el proyecto, a la luz de los estándares internacionales en derechos humanos, en base fundamentalmente a la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de Naciones Unidas (CDPD) y su Protocolo Facultativo, la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad (instrumentos ratificados por Chile), las Observaciones Generales del Comité de la CDPD (fundamentalmente el N°1), las recientes Observaciones Finales del Comité de la CDPD al Primer Informe de cumplimiento de la Convención a Chile (2016), como asimismo los informes anuales del INDH (2011, 2012, 2013, 2014 y 2016) que se han referido a diversos aspectos de los derechos de las personas con discapacidad.

## II. Observaciones al Proyecto de Ley

*i. Definiciones y modelo social de la discapacidad.* El proyecto hace sinónimos los términos enfermedad o discapacidad mental, tanto en su título como en reiteradas menciones a lo largo de su contenido, utilizando, asimismo, los términos de “padecimiento mental”, “paciente mental” o “pacientes con trastornos mentales o discapacidad mental”<sup>2</sup>. Debe tenerse presente, que la CDPD ha superado la noción que entendía a la discapacidad como una enfermedad, según una perspectiva sanitaria, centrando el foco de la discapacidad en las barrera que impone la sociedad a éstas, debiendo ser entendida la discapacidad como “un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”<sup>3</sup>, mas nunca como una enfermedad.

Es en consideración a esta concepción, que el Comité de la CDPD señaló recientemente en sus Observaciones a Chile que se requiere una “armonización legislativa relativa a las personas con discapacidad”, dada “la persistencia del modelo médico y el uso de terminología peyorativa tales como “invalidez”, “incapaces” y “dementes” en normas vigentes, incluido el Código Civil y la ley núm. 20.422 de 2010”<sup>4</sup>, por lo que se sugiere adecuar los términos a lo antes indicado, diferenciando claramente a la enfermedad de la discapacidad, incorporando asimismo principios acordes con el modelo social de derechos humanos de la discapacidad que superó al modelo médico-rehabilitador. Se recomienda, asimismo, eliminar aquellas frases discriminatorias hacia ese colectivo como “que padece, que sufre, discapacidad”, entre otras.

*ii. Sobre el consentimiento y la capacidad.* La CDPD establece como regla general el reconocimiento del derecho a la autonomía e independencia individual, incluida la libertad

---

<sup>2</sup> El proyecto hace sinónimos los conceptos de enfermedad mental y discapacidad mental en sus artículos 1, 2, 3, 6, 7, 11 y 17, así como en el epígrafe del Título 2º, mientras que se refiere a “persona con padecimiento mental” en su artículo 7º letra j) y 8, “pacientes con trastornos mentales” en su artículo 18 y “sujetos cognitivamente impedidos” en el artículo 7º letra c).

<sup>3</sup> Letra e) del Preámbulo de la CDPD.

<sup>4</sup> Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Observaciones finales sobre el informe inicial de Chile, CRPD/C/CHL/CO/1, 13 de abril de 2016, párr. 5 y 6.

de tomar sus propias decisiones<sup>5</sup>, derecho que, por tanto, no puede ser limitado, restringido o sustituido en ninguna circunstancia. Por su parte, el artículo 25 de la CDPD, relativo a la atención de salud indica que esta se realizará, por parte de los profesionales de la salud, en base de un consentimiento libre e informado entre otras formas, mediante la sensibilización respecto de los derechos humanos, la dignidad y la autonomía de las PcD.

El INDH valora el esfuerzo que hace el proyecto para estos fines, por cuanto propone evitar intervenciones o internaciones sin el consentimiento de la persona, recogiendo de esta manera las observaciones formuladas por el Comité de la CDPD en su Informe a Chile, dirigidas a que nuestro país “*revise y derogue las disposiciones que restringen el consentimiento libre e informado de todas las personas con discapacidad, incluyendo las que se encuentran declaradas interdictas y están bajo tutela, o quienes se encuentren institucionalizadas, y se adopten las regulaciones necesarias para el pleno ejercicio del consentimiento libre e informado, para actuar en todo tipo de intervenciones médicas o científicas*”<sup>6</sup>.

En base a lo anterior, cualquier intervención de profesionales de salud en una PcD que pudieren afectar sus derechos, deberá realizarse en base a su consentimiento informado, decisión que debe ser tomada siempre por la propia persona, y de un modo excepcional en casos específicos con apoyo de un tercero, cuando esta lo manifieste y solicite, y para el solo efecto de colaborar en la expresión de su voluntad, jamás en sustitución de la misma<sup>7</sup>.

En los casos de situaciones de discapacidad mental profunda o severa en que no sea posible conocer la voluntad presente de la persona o en episodios de descompensación psiquiátrica, y éstas obstan a cualquier expresión de voluntad en consideración a la necesidad urgente de realizar un procedimiento, se sugiere recurrir en caso de existir, a la decisión anticipada de la persona la que asimismo puede manifestarse a través de un plan de apoyos futuros en materia de salud o de intervenciones médicas<sup>8</sup>, o en su defecto a la figura del apoyo en la toma de decisiones.

Por lo anterior, la expresión utilizada en el proyecto de ley “*...que deteriore el juicio o raciocinio calificada por los tribunales competentes...*” como excepción a la libre expresión de la voluntad por parte de las PcD, deja a la libre ponderación del juez dichas circunstancias, en base a criterios personales de la PcD, centrada en su “deficiencia” (enfoque ya superado de la discapacidad) sin situar que el foco de ésta en donde efectivamente se encuentra “en las barreras con las que la persona debe interactuar”,

---

<sup>5</sup> Letra n) y o) del Preámbulo de la CDPD; artículo 3° “Principios Generales, letra a); artículo 4° N°3 “Obligaciones Generales” (relativa a la obligación de Consulta).

<sup>6</sup> Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Observaciones finales sobre el informe inicial de Chile, CRPD/C/CHL/CO/1, del 13 de abril de 2016, párr. 26.

<sup>7</sup> Siguiendo los criterios de la Observación General N°1, CRPD/C/GC/1, 19 de mayo de 2014 del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, ver párrafos 14 al 18. En lo que respecta al apoyo de un tercero en la atención de salud, la ley N°20.584 que regula los derechos y deberes que tienen las personas en relación con las acciones vinculadas a su atención de salud”, indica: “Artículo 5°.- En su atención de salud, las personas tienen derecho a recibir un trato digno y respetuoso en todo momento y en cualquier circunstancia. En consecuencia, los prestadores deberán: a) Velar porque se utilice un lenguaje adecuado e inteligible durante la atención; cuidar que las personas que adolezcan de alguna discapacidad, no tengan dominio del idioma castellano o sólo lo tengan en forma parcial, puedan recibir la información necesaria y comprensible, por intermedio de un funcionario del establecimiento, si existiere, o con apoyo de un tercero que sea designado por la persona atendida”. (El subrayado se encuentra agregado).

<sup>8</sup> Plan en el cual una persona deja por escrito su voluntad para someterse a tratamientos o intervenciones médicas previendo tal situación en el evento que se encuentre en alguna situación de discapacidad o descompensaciones psiquiátricas.

viéndose impedida o restringida su participación (enfoque social de derechos). Por lo que el juez al ponderar estos criterios, debería evaluar asimismo, factores ambientales y sociales.

El proyecto mantiene como regla general un modelo de consentimiento por sustitución<sup>9</sup>, se recomienda, por tanto, incorporar un régimen de decisiones con apoyo, basados estos últimos en las características de cada receptor de los mismos, con mayor o menor intensidad de acuerdo a los requerimientos de cada persona<sup>10</sup>. A propósito del apoyo, el Comité de la CDPD ha indicado que *“los Estados partes tienen la obligación de proporcionar a las personas con discapacidad acceso al apoyo que sea preciso para el ejercicio de su capacidad jurídica. Los Estados partes no deben negar a las personas con discapacidad su capacidad jurídica, sino que deben proporcionarles acceso al apoyo que necesiten para tomar decisiones que tengan efectos jurídicos”*. Sobre la noción de “apoyo”, este es *“un término amplio que engloba arreglos oficiales y oficiosos, de distintos tipos e intensidades”*<sup>11</sup>. Y, como agrega el Comité de la CDPD, solo una vez que *“pese a haberse hecho un esfuerzo considerable, no sea posible determinar la voluntad y las preferencias de una persona, la determinación del “interés superior” debe ser sustituida por la “mejor interpretación posible de la voluntad y las preferencias”*<sup>12</sup>.

Por su parte, la presunción de capacidad que el proyecto contiene en su artículo 4º es incorrecta, por cuanto confunde la capacidad jurídica con la capacidad mental, conceptos que han sido diferenciados por el Comité<sup>13</sup>, el cual, a propósito de esta distinción, ha destacado que *“la capacidad jurídica es un derecho inherente reconocido a todas las personas, incluidas las personas con discapacidad”* el cual tiene dos facetas, la capacidad legal y la legitimación para actuar<sup>14</sup>. De esta manera, el artículo 4º del proyecto contraviene la CDPD, al considerar, por medio de una presunción, la existencia de personas sin capacidad.

---

<sup>9</sup> El que se evidencia específicamente en los artículos 4º; 7º letra c) e i); y art. 13.

<sup>10</sup> Observación General N°1, CRPD/C/GC/1, 19 de mayo de 2014 del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, ver párrafos 14 al 18.

<sup>11</sup> Ídem, Párrafo 15.

<sup>12</sup> Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Observación General N°1. CRPD/C/GC/1, 19 de mayo de 2014, párr. 16, 17 y 21.

<sup>13</sup> En su Observación General N°1, CRPD/C/GC/1, 19 de mayo de 2014, párr. 13, el Comité ha indicado que: *“En la mayoría de los informes de los Estados partes que ha examinado hasta la fecha el Comité se mezclan los conceptos de capacidad mental y capacidad jurídica, de modo que cuando se considera que una persona tiene una aptitud deficiente para adoptar decisiones, a menudo como consecuencia de una discapacidad cognitiva o psicosocial, se le retira en consecuencia su capacidad jurídica para adoptar una decisión concreta. Esto se decide simplemente en función del diagnóstico de una discapacidad (criterio basado en la condición), o cuando la persona adopta una decisión que se considera que tiene consecuencias negativas (criterio basado en los resultados), o cuando se considera que la aptitud de la persona para adoptar decisiones es deficiente (criterio funcional). En todos esos criterios, la discapacidad de la persona o su aptitud para adoptar decisiones se consideran motivos legítimos para negarle la capacidad jurídica y rebajar su condición como persona ante la ley. El artículo 12 no permite negar la capacidad jurídica de ese modo discriminatorio, sino que exige que se proporcione apoyo en su ejercicio”*.

<sup>14</sup> Ídem. párr. 13 y 14 *“La capacidad jurídica es la capacidad de ser titular de derechos y obligaciones (capacidad legal) y de ejercer esos derechos y obligaciones (legitimación para actuar)”. Señalando a continuación que “La capacidad mental se refiere a la aptitud de una persona para adoptar decisiones, que naturalmente varía de una persona a otra y puede ser diferente para una persona determinada en función de muchos factores, entre ellos factores ambientales y sociales”, agregando que a diferencia de otros instrumentos internacionales “El artículo 12 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, en cambio, deja en claro que el “desequilibrio mental” y otras denominaciones discriminatorias no son razones legítimas para denegar la capacidad jurídica (ni la capacidad legal ni la legitimación para actuar). En virtud del artículo 12 de la Convención, los déficits en la capacidad mental, ya sean supuestos o reales, no deben utilizarse como justificación para negar la capacidad jurídica”*.

Para efectos de coherencia y cumplimiento de los estándares internacionales de derechos humanos en esta materia, el proyecto debería ser modificado a fin de reconocer de manera expresa que todas las personas, además del derecho a tomar sus propias decisiones de manera autónoma (como anteriormente se señaló), tienen plena capacidad jurídica, en sus dos facetas, en concordancia con el artículo 12 de la CDPD y que su ejercicio, en ciertos casos y situaciones específicas, se realizará con colaboración de otra persona en apoyo de ésta, pero jamás en sustitución de su voluntad (Régimen de apoyo en la toma de decisiones)<sup>15</sup>.

El INDH, se refirió de forma pormenorizada a la autonomía de las PcD mental en su Informe de 2014, dando cuenta de la estigmatización que sufren las PcD, situación que “se acentúa en el caso de las personas con discapacidad mental –tanto de índole psíquica como intelectual–, pues son quienes experimentan con mayor fuerza la vulneración de su autonomía y se les tilda de “incapaces” para tomar decisiones”<sup>16</sup>. En el mismo Informe, María Soledad Cisternas<sup>17</sup>, indicó que uno de los desafíos de nuestro país, respecto a la implementación de estándares internacionales de derechos humanos, es “el igual reconocimiento ante la ley y el pleno ejercicio de la capacidad jurídica, mediante apoyos y salvaguardas, si fueren necesarios, desterrando aquellos modelos de voluntad sustitutiva en manos de terceros; [así como] el consentimiento libre e informado para cirugías, tratamientos [e] internaciones”<sup>18</sup>.

**iii. Consentimiento de niños, niñas y adolescentes.** El artículo 4° del proyecto, indica que “Como regla general, se debe considerar que todos los adultos son competentes para dar consentimiento informado(...)”, restringiendo de esta forma la facultad de manifestar su voluntad en la toma de decisiones sólo a los mayores de edad.

---

<sup>15</sup> Art. 12 CDPD y Observación General N°1 Comité CDPD. En este mismo orden de ideas, aunque en términos más amplios a los contenidos en el proyecto, y tal como ha indicado el Comité a Chile a propósito de las normas sobre capacidad contenidas en el Código Civil y en la Ley N° 18.600, se señala la necesidad de derogar “toda disposición legal que limite parcial o totalmente la capacidad jurídica de las personas con discapacidad adultas, y adopte medidas concretas para establecer un modelo de toma de decisiones con apoyo que respete la autonomía, voluntad y preferencias de las personas con discapacidad”. Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Observaciones finales sobre el informe inicial de Chile, CRPD/C/CHL/CO/1, del 13 de abril de 2016, párr. 23 y 24. Sobre esta materia, además, resulta atinente lo señalado en el Informe Anual 2016 del INDH, p. 77, en el cual se da cuenta de la preocupación del INDH sobre esta materia, la cual se manifestó a través de una solicitud a SENADIS para conocer los cursos de acción que se tomarían a fin de revisar y modificar los cuerpos legales que contienen normas contrarias a la CDPD. SENADIS respondió que “[m]ediante el Oficio N°8.940 de 23 de diciembre de 2015 de la Subsecretaría de Justicia del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, se constituyó un Grupo de estudios cuyo objeto fuera abordar desde una perspectiva crítica, [y] en atención a los estándares fijados por la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, nuestro sistema de capacidad jurídica. Por esta razón el trabajo de este Grupo de estudios se concentró en el análisis detallado de las figuras de las tutelas y curadurías, de las normas del Código Civil respectivas a los actos y declaraciones de voluntad, de la Ley de Matrimonio Civil, prohibiciones e inhabilidades establecidas en razón de la discapacidad y, en general, cualquier disposición de carácter legal o reglamentario que implicara alguna restricción al ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad. [...]. Los acuerdos se encontrarán plasmados en el informe final del Grupo de estudios que se encuentra en proceso de elaboración; cabe hacer presente que el indicado informe corresponde al primer documento oficial del Estado que da cuenta de la necesidad de sustituir desde un modelo de sustitución de voluntad actualmente vigente en nuestro país a uno de apoyos y salvaguardias”.

<sup>16</sup> INDH, Informe Anual 2014. Situación de los derechos humanos en Chile, p. 111.

<sup>17</sup> Enviada Especial del Secretario General de Naciones Unidas para Discapacidad y Accesibilidad. Presidenta del Comité de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad entre los años 2013- 2016; Premio Nacional de Derechos Humanos 2014.

<sup>18</sup> María Soledad Cisternas Reyes, en Informe Anual 2014. Situación de los derechos humanos en Chile, p. 111 y 112.

Al respecto, la CDPD indica que “*Los Estados Partes garantizarán que los niños y las niñas con discapacidad tengan derecho a expresar su opinión libremente sobre todas las cuestiones que les afecten, opinión que recibirá la debida consideración teniendo en cuenta su edad y madurez, en igualdad de condiciones con los demás niños y niñas, y a recibir asistencia apropiada con arreglo a su discapacidad y edad para poder ejercer ese derecho*”<sup>19</sup>. Asimismo, el Comité de la CDPD ha señalado que todo ser humano, sin distinción, debe ser respetado como una persona titular de personalidad jurídica, el cual es un requisito indispensable para que se reconozca la capacidad jurídica de la persona<sup>20</sup>. De ahí que no puede limitarse este derecho a las personas en función de su edad o cualquiera otra situación.

En términos similares, la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño suscribe el derecho a la libre expresión del niño como un derecho personalísimo, indicando que “*Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio, el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez [...]*”<sup>21</sup>; lo anterior, se deberá practicar tomando en consideración igualmente, el asentimiento informado y el principio de autonomía progresiva<sup>22</sup>, pero jamás en sustitución de su voluntad por una tercera persona<sup>23</sup>.

***iv. Sobre las obligaciones del Estado y estándares de atención de la salud mental.*** El artículo 5°, al promover una atención en salud mental interdisciplinaria, poniendo énfasis en el reforzamiento de los lazos sociales, la inclusión y la participación del paciente en la vida social, cumple adecuadamente con lo señalado por el Comité de la CDPD en su Informe a Chile, en orden a superar el modelo médico existente en nuestro país. Sin embargo, esta disposición -aun cuando indica que la atención multidisciplinaria se deberá realizar con personal debidamente capacitado y acreditado-, no recoge la preocupación específica manifestada por el Comité acerca de la falta de capacitación del personal médico en materia de derechos de las PcD, asunto que debería incluirse durante el trámite legislativo. Por su parte, el artículo 18 contiene un correcto catálogo de estándares relativos a la atención de salud de las PcD mental, aunque precedido por un enunciado que hace uso y sinonimia de una terminología incorrecta, al indicar “El tratamiento de los pacientes con Trastornos Mentales o Discapacidad Mental(...)”.

---

<sup>19</sup> Art.7° N°3.

<sup>20</sup> Observación General N°1. CRPD/C/GC/1, 19 de mayo de 2014, párr. 16, 17 y 21, párr. 11.

<sup>21</sup> Artículo 12.1.

<sup>22</sup> Artículo 16 Convención sobre los Derechos del Niño. Cabe hacer presente que el artículo 16 regula el principio de protección y promoción de la autonomía, en virtud del cual los niños y niñas tienen el derecho a desarrollar progresivamente el ejercicio de sus derechos; es decir de ser sujetos plenos de derechos, adquirir la autonomía, y el Estado y la Familia, deben apoyar y protegen el desarrollo del niño, de forma que progresivamente ejerza sus derechos, de acuerdo a la evolución de sus facultades.

El INDH se ha pronunciado al respecto en su Informe Anual del año 2014 indicando que: “La Convención [Internacional sobre los Derechos del Niño] no establece distinciones respecto de los temas sobre los que pueden opinar y tampoco limita la edad para que los NNA puedan expresar libremente su opinión, tal que se “[...] desaconseja a los Estados Partes que introduzcan por ley o en la práctica límites de edad que restrinjan el derecho del niño a ser escuchado en todos los asuntos que lo afectan (OG N° 12, Art.21, 2009)”<sup>23</sup>. Expresar libremente su opinión quiere decir expresarse sin presiones ni influencias, pudiendo elegir si quiere o no ejercer este derecho (párr. 22 OG N° 12, 2009) [...]” Informe Anual 2014. Capítulo 4 “Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes víctimas y testigos en procesos judiciales”. “Estándares Internacionales de Derechos Humanos”. P.141.

Finalmente, se sugiere precisar la mención relativa a “los estándares internacionales” en virtud del cual se realizarán los tratamientos, pues al ser de carácter general, no es posible determinar si son aquellos que se adecuan al modelo social de derechos humanos.

**v. Sobre los derechos fundamentales que reconoce el proyecto.** En términos formales, sin perjuicio de que el Título 2° se refiere de manera específica a los derechos fundamentales de las personas con Enfermedad o Discapacidad Mental (artículos 7° y 8°), previamente en el artículo 3° se señalan los “derechos básicos de las personas con discapacidad o enfermedad mental”, por lo que se recomienda que estos últimos, a fin de dotar de coherencia normativa al proyecto, se incorporen en el Título 2° del articulado.

Sin perjuicio de lo anterior, el proyecto no contempla todos los derechos básicos esenciales del colectivo de personas con discapacidad, tales como: el derecho a la inclusión social; respeto de la dignidad inherente; independencia; respeto por la diferencia; accesibilidad; igualdad entre el hombre y la mujer; y el respeto por la evaluación de las facultades de los niños y niñas con discapacidad y su derecho a preservar su identidad<sup>24</sup>.

Respecto a lo sustantivo, el artículo 6° consagra el principio según el cual toda intervención médica se debe regir por el principio del consentimiento informado, en los términos de la Ley N°20.584<sup>25</sup>. En tanto derecho, el consentimiento informado se consagra en el literal c) del artículo 7°, relacionándose, igualmente, con el consagrado en la letra d), referido al acceso a la ficha y antecedentes médicos. Sin embargo, para una consagración adecuada de estos dos derechos, se sugiere la derogación del artículo 23 de la Ley N°20.584, el cual permite a los profesionales tratantes la reserva de información a PcD mental “en razón de los efectos negativos que esa información pudiera tener en su estado mental”. Información que debe ser puesta en conocimiento de la persona a requerimiento de la misma y en los casos en que esta permita dar a conocer su estado de salud y de los tratamientos que se han diagnosticado, que signifique la preservación de su estado y que propendan a una inclusión social de la misma.

Luego, el artículo 7° contiene un catálogo de derechos fundamentales que se reconocen a las PcD mental, comenzando en su literal a) con el reconocimiento de este grupo como sujeto de derechos, lo cual se vincula íntimamente con la capacidad jurídica, la cual, como se expresó, se regula de forma imprecisa en el proyecto. El mismo literal, consagra el respeto a la vida privada, libertad de comunicación y libertad personal, derechos sobre los cuales descansan muchos de los que son reconocidos posteriormente, en particular, el derecho a no ser sometido a tratamientos invasivos o irreversibles sin consentimiento (letra b), conteniendo una excepción que permite dichos tratamientos sin consentimiento, en caso de que “a criterio del equipo de salud mediere situación de riesgo grave e inminente para sí o para terceros y su representante legal haya dado su autorización. Con todo, el procedimiento de esterilización no podrá efectuarse sin consentimiento del paciente”.

La excepción contenida en la disposición anterior tolera, por tanto, el sometimiento a tratamientos o intervenciones invasivas o irreversibles sin consentimiento, en caso de que mediere una situación de riesgo grave o inminente “para sí”, lo que constituye una

---

<sup>24</sup> Art. 3° de la CDPD, igualmente arts. 1 a 4 de la Ley 20.422.

<sup>25</sup> Debe entenderse que se hace en referencia al artículo 14 de esta ley, según el cual “Toda persona tiene derecho a otorgar o denegar su voluntad para someterse a cualquier procedimiento o tratamiento vinculado a su atención de salud, con las limitaciones establecidas en el artículo 16”, agregando en su inciso 2° que “Este derecho debe ser ejercido en forma libre, voluntaria, expresa e informada, para lo cual será necesario que el profesional tratante entregue información adecuada, suficiente y comprensible, según lo establecido en el artículo 10”.

discriminación que desconoce la igualdad y autonomía de la PcD reconocida tanto en la CDPD como en nuestro derecho interno. Sobre este último, es atinente el artículo 16 de la Ley N°20.584, que reconoce el derecho a toda persona “a otorgar o denegar su voluntad para someterse a cualquier tratamiento que tenga como efecto prolongar artificialmente su vida”, en casos de estados de salud terminal, teniendo como límite el riesgo a la salud pública.

Por lo anterior, esta norma del proyecto no escapa de las mismas críticas que se formulan a la Ley N°20.584, en que su artículo 24 permite que PcD que “*no se encuentren en condiciones de manifestar su voluntad*” sean objeto de tratamientos invasivos e irreversibles, para lo cual solo se exige el informe favorable del Comité de Ética<sup>26</sup> del establecimiento de que se trate. Sobre esto, resultan relevantes las Observaciones hechas por el Comité de la CDPD a Chile, en orden a revisar las disposiciones de la Ley N°20.584 y el Decreto N° 570, sobre la internación de personas con enfermedades mentales (el cual prescinde del consentimiento del afectado, restringiendo su libertad por vía reglamentaria) “*garantizando sin excepción el consentimiento libre e informado de personas con discapacidad, incluyendo de aquellas declaradas interdictas, como requisito indispensable para toda intervención quirúrgica o tratamiento médico, particularmente los de carácter invasivo y aquéllos con efectos irreversibles tales como la esterilización y las cirugías a niños y niñas intersex*”<sup>27</sup>.

No obstante lo anterior, el INDH valora que se excepcione la realización de esterilizaciones como procedimiento involuntario, bajo cualquier circunstancia, evitando de esta manera, la sustitución de voluntad a través de un representante como existe en la actualidad.

Sobre la autonomía personal, el literal i) del artículo 7° garantiza que las PcD no puedan ser objeto de investigaciones clínicas ni tratamientos experimentales sin su consentimiento, dado personalmente o por su representante legal, siempre que “el Comité de Ética evalúe positivamente la relación riesgo beneficio”. La redacción de la norma permite estas intervenciones por medio del otorgamiento del consentimiento por vía de sustitución, lo cual resulta problemático con la manifestación del consentimiento informado por la propia persona<sup>28</sup>, a este respecto, el Comité de la CDPD en su Observación General N°1, indicó “*El derecho a gozar del más alto nivel posible de salud (art. 25) incluye el derecho a la atención de la salud sobre la base del consentimiento libre e informado. Los Estados partes tienen la obligación de exigir a todos los profesionales de la salud y la medicina (incluidos los profesionales de la psiquiatría) que obtengan el consentimiento libre e informado de las*

---

<sup>26</sup> Los Comités de Ética Asistenciales, según el artículo 2 del Decreto N° 62 de 2013 del Ministerio de Salud que los regula, son “órganos colegiados de carácter consultivo e interdisciplinario, creados para analizar y asesorar sobre los conflictos éticos que se susciten como consecuencia de la atención de salud, para contribuir a mejorar la calidad de la atención y proteger los derechos de las personas en relación con ella”.

<sup>27</sup> Observaciones finales sobre el informe inicial de Chile, CRPD/C/CHL/CO/1, 13 de abril de 2016, párr. 41 y 42.

<sup>28</sup> Debiendo seguirse, a este respecto, la regla general consagrada en el art. 5° de la ley N°20.584 que regula los derechos y deberes que tienen las personas en relación con las acciones vinculadas a su atención de salud, que indica: “En su atención de salud, las personas tienen derecho a recibir un trato digno y respetuoso en todo momento y en cualquier circunstancia. En consecuencia, los prestadores deberán: a) Velar porque se utilice un lenguaje adecuado e inteligible durante la atención; cuidar que las personas que adolezcan de alguna discapacidad, no tengan dominio del idioma castellano o sólo lo tengan en forma parcial, puedan recibir la información necesaria y comprensible, por intermedio de un funcionario del establecimiento, si existiere, o con apoyo de un tercero que sea designado por la persona atendida”. (El subrayado se encuentra agregado).

*personas con discapacidad antes de cualquier tratamiento*”, agregando que “*los Estados partes tienen la obligación de no permitir que el consentimiento sea otorgado por personas que sustituyan a las personas con discapacidad en la adopción de decisiones, en nombre de ellas*”<sup>29</sup>.

Por su parte, el literal e) consagra el derecho a la autorización y la supervisión judicial de las personas que hubieran sido internadas de forma involuntaria o de manera voluntaria pero prolongada. Esto debe destacarse como un avance positivo al igual que el reconocimiento como derecho, de “contar con una instancia judicial de apelación”.

**vi. Sobre la internación voluntaria, involuntaria y su control jurisdiccional.** El título 3° regula las hipótesis de internación involuntaria, su control judicial y las garantías que se les reconocen a los afectados, hasta ahora asuntos deficientemente regulados en nuestro ordenamiento. El proyecto, de esta forma, cumple con las recomendaciones hechas por el Comité de la CDPD a Chile, en orden a “*prohibir la institucionalización forzada por motivo de discapacidad*”<sup>30</sup>, por cuanto la moción reconoce adecuadamente que la internación involuntaria afecta un derecho fundamental básico, como lo es el derecho a la libertad personal, por lo cual deberá ser autorizada y revisada siempre en sede judicial, la que, como señala el proyecto, corresponderá a la Corte de Apelaciones respectiva, estableciendo para ellos plazos y revisiones judiciales periódicas. Se destaca positivamente, igualmente, el establecimiento de un órgano autónomo de revisión del existente en la actualidad<sup>31</sup>, en cumplimiento de una función que requiere de autonomía.

Sin embargo, en términos de competencia, el texto del proyecto genera dudas, por cuanto entrega la misma a la Corte de Apelaciones respectiva, mientras que luego el texto hace referencias reiteradas “al juez”, sin aclarar si lo que propone es que un Ministro de Corte tenga competencia en calidad de tribunal unipersonal de excepción. Sobre el procedimiento, se deberán aclarar varios aspectos, tales como los referidos al cálculo de plazos que se indican y el criterio con que se debe interpretar la frase “de ser necesario”, respecto a la facultad que se le entrega al juez para resolver si el proceso es o no contradictorio, entre otros aspectos.

**vii. Participación.** Dentro de los fundamentos del proyecto, no existe referencia a la participación de las asociaciones de y para personas con discapacidad en la formación de la ley. Respecto de lo anterior, cabe hacer presente que el cambio paradigmático del enfoque social de derechos de la discapacidad, se produjo esencialmente debido al impulso y trabajo que este colectivo realizó<sup>32</sup>, debiendo, por tanto, formularse consultas estrechas con éstas cuando se elaboren políticas y legislaciones, siendo además un principio esencial en la

---

<sup>29</sup> Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Observación General N°1. CRPD/C/GC/1, 19 de mayo de 2014, párr. 41.

<sup>30</sup> Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Observaciones finales sobre el informe inicial de Chile, CRPD/C/CHL/CO/1, del 13 de abril de 2016, párr. 31 y 32.

<sup>31</sup> Comisión Nacional y regionales de Protección de los Derechos de las Personas con Enfermedades Mentales, dependientes del Ministerio de Salud Decreto N°23/2012, que crea la Comisión Nacional y regionales de Protección de los Derechos de las Personas con Enfermedades Mentales.

<sup>32</sup> La Asamblea General estableció en 2001 un Comité Especial para negociar la convención. La primera reunión se llevó a cabo en agosto de 2002, y la redacción del texto comenzó en mayo de 2004. En agosto de 2006, el Comité llegó a un acuerdo en torno al texto. Los delegados del Comité Especial representaban a las organizaciones no gubernamentales, a los gobiernos, a las comisiones nacionales de derechos humanos y a las organizaciones internacionales. Fue la primera vez que las organizaciones no gubernamentales participaron activamente en la formulación de un tratado de protección a los derechos humanos. En: <http://www.un.org/spanish/disabilities/convention/qanda.html>

CDPD<sup>33</sup>. La participación de las asociaciones se encuentra, asimismo, contenida en la Ley 20.422<sup>34</sup> y mencionada en el artículo 3° del presente proyecto.

### III- Conclusiones

- El INDH valora que el proyecto busque instaurar una regulación basada en los derechos humanos de las PcD, encontrándose variados aspectos de éste en armonía con los estándares internacionales en la materia, sin embargo, predomina el enfoque médico-rehabilitador por sobre el de derechos. Se destaca positivamente, asimismo, el esfuerzo en orden a constituir un cuerpo normativo, regulando aspectos que en la actualidad se encuentra dispersos en distintas leyes internas de nuestro ordenamiento, incluyendo normas de inferior jerarquía, ante la inexistencia de una Ley de Salud Mental que los regule orgánicamente.
- Se valora que el proyecto explicita principios básicos en materia de discapacidad mental, particularmente los de consentimiento informado. Además, de regular la internación de los pacientes como una situación excepcional de *ultima ratio* y de los requisitos contemplados en los artículos 11 y 12 para su procedencia, se propone un procedimiento de revisión judicial en aquellos casos de internación involuntaria – hasta ahora inexistente en nuestra legislación–, cautelando, de esta forma, los derechos que asisten a este grupo, situación regulada de forma muy deficiente por el Decreto N° 570, reglamento que regula “la internación de las personas con enfermedades mentales”.
- Se valora la existencia de un procedimiento de término de la internación a un centro psiquiátrico a solicitud de la propia persona internada (arts. 14 a 17); y la existencia de plazos para la revisión de la medida, con el objeto de evitar que la misma se transforme en una internación no voluntaria, y la certificación de los profesionales de salud mental que intervienen en el proceso como de la calidad de los centros formadores de profesionales en la materia (art. 18).
- Se debe reforzar, sin embargo, el derecho de toda persona a ser informada y a consentir informadamente en una atención de salud. En este sentido, se debe suprimir la presunción de incapacidad por discapacidad, por cuanto vulnera un atributo del cual gozan todas las personas sin distinción, se encuentren o no en situación de discapacidad, sean o no mayores de edad. Sobre este punto, el Estado debe superar el modelo de consentimiento por sustitución, creando un régimen de plena capacidad jurídica con apoyo y salvaguardias que respeten la autonomía y voluntad de las PcD, debiendo, por tanto, adecuarse las normas del Código Civil y otros cuerpos legales a este respecto.
- El proyecto debe considerar, asimismo, la inclusión de normas que deroguen disposiciones que contravienen estándares internacionales, principalmente aquellas

---

<sup>33</sup> Art. 4° N°3. “En la elaboración y aplicación de legislación y políticas para hacer efectiva la presente Convención, y en otros procesos de adopción de decisiones sobre cuestiones relacionadas con las personas con discapacidad, los Estados Partes celebrarán consultas estrechas y colaborarán activamente con las personas con discapacidad, incluidos los niños y las niñas con discapacidad, a través de las organizaciones que las representan”.

<sup>34</sup> Art. 3° “e) Participación y Diálogo Social: Proceso en virtud del cual las personas con discapacidad, las organizaciones que las representan y las que agrupan a sus familias, ejercen un rol activo en la elaboración, ejecución, seguimiento y evaluación de las políticas públicas que les conciernen”.

comprendidas en la Ley N°20.584, que niegan el derecho a la información de PcD mental; las que permiten que estas sean sometidas a tratamientos de carácter invasivo o irreversible sin su consentimiento; o que admiten internaciones involuntarias sin un control jurisdiccional que vele por la protección de garantías fundamentales, como es el caso del Decreto N° 570 y de la Resolución Exenta N° 656 que regula la aplicación de la técnica de psicocirugía o cirugía aplicada la tejido cerebral<sup>35</sup>, entre otras.

---

<sup>35</sup> Sobre esta última, el Comité de la CDPD, indicó, respecto del Art. 15 que: “1. El Comité se encuentra profundamente preocupado por las evidencias de que en el Estado parte se lleven a cabo prácticas tales como: psicocirugías, tratamientos electroconvulsivos, aislamientos prolongados en celdas sin calefacción ni servicios básicos, contenciones físicas y otros tratamientos considerados crueles, inhumanos o degradantes, con el único propósito de “disciplinar” o “corregir conductas desviadas”, a personas con discapacidad psicosocial”. Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Observaciones finales sobre el informe inicial de Chile, CRPD/C/CHL/CO/1, del 13 de abril de 2016, párr. 33.