

SOBRE LA CAPACIDAD DE LOS DEMENTES
Y SORDOMUDOS
(Especialmente de aquellos que no pueden darse
a entender por escrito)*

César Frigerio Castaldi

Profesor de Derecho Civil,
Pontificia Universidad Católica de Chile.

Cristián Letelier Aguilar

Profesor Ayudante de Derecho Civil, Pontificia Universidad Católica de Chile.

RESUMEN

"El objeto de este trabajo consiste en descubrir si el concepto de demente usado por la legislación civil es arcaico, y si, al redefinirlo precisando su contenido, se posibilita el ejercicio de derechos a muchas personas afectadas por la actual definición. Asimismo, el sordomudo que no puede darse a entender por escrito pero lo puede hacer mediante el intercambio de señales, como los gestos y movimientos de las manos, debe ser considerado, a lo menos, como relativamente incapaz, para lo cual se postula a una reforma de las normas jurídicas en actual vigencia. En general, se pretende el establecer causales concretas que den origen a las incapacidades y no especificar como lo hace nuestro Código Civil, determinadas categorías de personas como incapaces."

1. INTRODUCCION

En nuestro país a todos los hombres se les reconoce su igualdad respecto a su dignidad y derechos,¹ lo que significa el respeto a la naturaleza propia del ser humano, en cuanto ser racional y libre.

La dignidad significa "merecedor de ...", "En atención a ..." su estatuto racional de persona, gozando del privilegio de haber nacido hombre.² Por su parte, la igualdad en derecho dice relación, a nuestro juicio, con la capacidad, que constituye uno de los atributos esenciales de la personalidad. Así entonces, la capacidad entendida como la aptitud legal de las personas para adquirir y ejecutar por sí mismas los derechos civiles resulta fundamental para todo ser humano.

Nuestro Código Civil en el artículo 1446 dispone que "toda persona es legalmente capaz, excepto aquellas que la ley declara incapaces". De manera que la regla general es tener capacidad de ejercicio y excepcionalmente carecer de ella.

* Corresponde a un proyecto de investigación financiado con Fondos de la Facultad.

Los autores agradecen la generosa colaboración de los doctores Martín Cordero Allary y Rafael Torres Barrenechea.

¹ Artículo 1º Constitución Política de la República.

² Estudio sobre el artículo 1º de la Constitución de 1980, autor Jorge Luis Varela Del Solar, Revista Chilena de Derecho, vol. XV 2-3, año 1984, p. 391.

La ley priva al sujeto de tal capacidad atendiendo a diferentes factores, teniendo preponderancia el elemento voluntad.

En efecto, hay determinadas personas que carecen de voluntad o bien no pueden expresarla. Es este, precisamente el aspecto que motiva este trabajo.

El Código Civil y diversas normas de carácter también civil le niegan valor a los actos jurídicos de ciertas personas a quienes supone sin voluntad o sin posibilidad de manifestarla. El artículo 1447 del Código Civil (en adelante toda referencia al solo artículo se comprenderá que es del Código Civil), dispone que "son absolutamente incapaces los dementes, los impúberes y los sordomudos que no pueden darse a entender por escrito".

Lo que significa que sus actos son nulos, de nulidad absoluta. Quienes creemos en la inexistencia de los actos jurídicos, afirmamos que, en relación a los dementes, sus actos ni siquiera son nulos, son inexistentes, porque no puede nacer a la vida del derecho un acto sin voluntad, y el demente, en la concepción que el Código le quiso dar no es que no pueda expresar su voluntad, es que no la tiene, porque no es libre, es enajenado.

Actualmente, incorporado el país a la sociedad moderna, que se caracteriza por la rapidez en los negocios, por el uso de la cibernética entre otras, aparece imperioso posibilitar o equiparar las oportunidades de aquellas personas afectadas por alguna alteración síquica o sordomudez. Si nuestro ordenamiento constitucional declara el respeto a los derechos del hombre y garantiza la igualdad ante la ley, menester es reducir a su justo límite las incapacidades legales que puedan afectar a una persona en la adquisición y ejercicio de sus derechos.

Frente a esta realidad surgen dudas que es válido plantearlas.

¿Qué se entiende hoy por demente?

¿Es igual tal concepto ahora que al tiempo de dictarse el Código Civil?

¿Es efectivamente el demente un ser privado de toda razón, de la posibilidad de expresar su voluntad?

Si estas interrogantes y muchas otras nos inquietan respecto de los dementes, esto se hace más intenso en relación a los sordomudos que no pueden darse a entender por escrito.

Estos últimos tienen voluntad, pero según la ley son incapaces absolutos y sus actos no producen ni siquiera obligaciones naturales.

La demencia es una cuestión de fondo, que creemos importante retomarla y adecuarla a los tiempos contemporáneos. El problema de los sordomudos es un asunto de carácter instrumental posible de resolver en forma más simple. Aquí se trata de encontrar un medio que pueda dar certeza que lo que el sordomudo está expresando es fidedigno.

En este sentido, resulta particularmente útil reflexionar sobre los métodos que la Educación Diferencial ha desarrollado como medios de comunicación del sordomudo con los terceros.

Y es en este aspecto donde surge la interrogante en cuanto a estudiar la factibilidad de adecuar las normas jurídicas para posibilitar que los sordomudos que no puedan darse a entender por escrito manifiesten su voluntad.

Considerando que los poderes públicos estiman necesario legislar en favor de las personas minusválidas con el objeto de integrarlas a la sociedad, dentro de las cuales se comprende a los dementes y a los sordomudos, parece conveniente el que los profesionales y estudiosos del derecho civil nos avoquemos a reflexionar sobre la capacidad de estas personas y revisemos las disposiciones legales que afectan y limitan el ejercicio de sus derechos, a la luz de la realidad actual que

obviamente es tan distinta y distante a los tiempos en que se redactó nuestro Código Civil.

El presente trabajo pretende ser un aporte al tema planteado para que, si hay acuerdo sobre la materia, se proceda prontamente a legislar modificando las normas jurídicas en actual vigencia.

2. DERECHO COMPARADO

En materia de Derecho Comparado, en general, la alteración de facultades mentales que sufra un individuo son causa de incapacidad jurídica, siempre que ellas sean notorias, y respecto de los sordomudos que no puedan darse a entender por escrito, claramente no se consideran incapaces en las leyes civiles más avanzadas.

Relacionada con el tema, es la legislación española la que aparece más innovadora y ello no debe extrañar porque España es el país que mayor preocupación tiene por los minusválidos. Precisamente, la dictación de la ley denominada "De Integración Social de los Minusválidos", en el año 1982, conllevó a modificar el Código Civil en aquellas materias que dijera relación con la incapacidad y sistema tutelar de las personas deficientes.

Al reformarse el Código Civil Español en su título noveno, se constriñen las causales de incapacidad determinadamente. Así, el artículo 199 del cuerpo legal español señala que "nadie puede ser declarado incapaz, sino por sentencia judicial en virtud de las causas establecidas en la ley".³ A continuación, el artículo 200 prescribe: "Son causas de incapacitación, las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o síquico, que impidan a la persona gobernarse por sí misma".⁴ Quien declara la concurrencia de causales de incapacitación es el juez. Es extraordinariamente interesante como la ley española defiende la capacidad de toda persona, pues estatuye que en los procesos sobre incapacitación siempre será necesaria la intervención del Ministerio Fiscal, y este funcionario está obligado a promover la declaración de incapacidad si los peritos del afectado no lo hacen. Para resguardar los derechos del afectado, se le designa un defensor de su capacidad.

De manera que aquí encontramos dos elementos valiosísimos que son concordantes y plenamente ajustados al principio de igual dignidad y derechos entre los hombres: uno, es aquel que señala las causales de incapacidad en vez de designar, como lo hace la ley chilena, las personas incapaces, y el otro, es la consagración de un procedimiento para declarar a un individuo incapaz para actuar en la vida del derecho. Este procedimiento resulta extraordinariamente útil, pues si la sentencia declara, en definitiva, la incapacidad del sujeto las causas quedarán fehacientemente claras y debidamente acreditadas en el proceso respectivo.

Si el derecho civil español contiene, en la materia que tratamos, adelantos notables, en el derecho francés no es tan así, realizando sí una interesante distinción y gradualidad para tratar el tema. El artículo 489 del Código Civil francés distingue tres estados: imbecilidad, demencia y furor, ellas son las en-

³ Boletín Oficial del Estado Español Nº 256, 26 de octubre de 1983.

⁴ Boletín Oficial del Estado Español Nº 256, 26 de octubre de 1983.

fermedades que causan la incapacidad del que las padece. También contempla formas de melancolía, neurastenia, de momomanía, que el juez en cada caso calificará. Además, en determinadas circunstancias señala la embriaguez, la edad avanzada como causas de debilitamiento, o alteración de las facultades intelectuales, llamadas a repercutir sobre la capacidad del sujeto.⁵

Como vemos, el sistema jurídico galo hace bien en indicar distintas enfermedades, y no como en la generalidad de ellas que simplemente abarcan en un todo, al conjunto de enfermedades mentales.

En el Código Civil italiano se trata en un título especial la inhabilidad para actuar en la vida del derecho a las persona afectadas con alguna enfermedad mental, ciegos o sordomudos. En el título XII, que comprende los artículos 414 al 432, se regula cada situación, designando a los que "en condiciones habituales de enfermedades de la mente" son incapaces, distinguiendo entre menores de edad incapacitados y personas mayores. Contempla la incapacidad también de sordomudos y ciegos, pero con un procedimiento muy riguroso.⁶

En general, las leyes civiles hablan de los dementes, pero no de los sordomudos, con tendencia, en los códigos más modernos, a establecer causas de incapacidad en términos más amplios. Así, por ejemplo, la voz demente tiende a desaparecer para hablar de enfermedades mentales y ello es producto de que muchos países ya han legislado sobre los minusválidos, bajo políticas legislativas que buscan la equiparidad de oportunidades para ellos. Países como Corea, Costa Rica, Uruguay y Paraguay ya lo han hecho, siendo España el precursor y modelo. Esto ha significado que los Códigos Civiles de esas naciones hayan tenido que adecuarse a esta nueva legislación.

Nuestro país enfrenta este desafío, pues el proyecto de ley que regulará la minusvalía pronto entrará en discusión en el Parlamento, y ella necesariamente conlleva a reformas del Código Civil.

3. IDEAS Y PROPOSICIONES CONCRETAS

El objeto de nuestra tesis consiste en señalar que el concepto demente usado por nuestra legislación civil es arcaico, y por ende al redefinirlo precisando su contenido se posibilita el ejercicio de sus derechos a muchas personas afectadas por la actual definición y que al sordomudo que no puede darse a entender por escrito debe otorgársele capacidad, al menos relativamente, para lo cual postulamos una reforma a las normas jurídicas en actual vigencia sobre la materia.

A continuación nos esforzaremos por demostrar lo señalado.

3.A. *Los dementes*

El Código Civil al hablar de dementes no definió qué se entendía por tales, y por consiguiente han sido la doctrina y la jurisprudencia las que han interpretado dicha expresión.

Tampoco define la demencia el actual Código Sanitario. El Reglamento de Hospitales y Clínicas Privadas (D.S. N° 161, de Salud, de 1982), en su Título

⁵ Código Civil Francés, Jurisprudencia General, Dalloz 1987, 1988, p. 337.

⁶ Codice Civile, Adolfo Dimajo, 3ª ed., año 1989, pp. 166-167.

VIII, referido a los establecimientos de atención psiquiátrica, menciona, como sujetos de atención, a los "pacientes psiquiátricos". El artículo 172 del antiguo Código Sanitario (aprobado por D.L. N° 602, de 1925), y el artículo 16 del Decreto Supremo N° 68, del Ministerio de Higiene, Asistencia, Previsión Social y Trabajo, definen al demente en los siguientes términos: "Se entiende por persona demente la que tiene manifestaciones de una enfermedad o defecto cerebral caracterizado por un estado patológico desordenado, funcional orgánico, más o menos permanente de la mentalidad y por la perversión, impedimento o función desordenada de las facultades sensorias o intelectuales, por el menoscabo o desorden de la volición".⁷

Demencia es la situación en que se encuentra un individuo que, por alteración de sus facultades mentales, carece de la aptitud mediana para dirigir su persona.⁸

La jurisprudencia ha agregado que la ley, en la palabra "demencia" comprende la enajenación mental bajo todas las formas que pueda presentarse y en todos sus grados, cualquiera que sea el nombre que se le dé; se aplica a todo trastorno de la razón que impide a una persona tener la libre voluntad de obligarse y la responsabilidad de sus actos, haciéndola absolutamente incapaz.

En la demencia a que la ley se refiere se indica tanto la falta completa de inteligencia y hasta de las sensaciones, que constituye el idiotismo innato y la imbecilidad, como la demencia propiamente dicha (caracterizada por la debilidad o la nulidad de las facultades intelectuales y de las cualidades morales), la manía, la monomanía y la locura furiosa, que propiamente no es más que un síntoma frecuente en la manía, sin embargo de no ser rara en los idiotas y monomaniáticos y observarse también en la enajenación mental.⁹

Esta concepción apunta a entender que demente es aquel que sufre o está afectado por una alteración de su salud mental que compromete su voluntad, entendida como la aptitud de querer algo, lo que implica que en ella se contienen todas o al menos varias de las categorías de problemas psicológicos. Así, comprende tal definición las oligofrenias, las sicosis, neurosis, sicopatías y los que la ciencia médica denomina "casos oscuros". Todas ellas constituyen un conjunto enorme de enfermedades mentales, cuyas patologías son muy diferentes, pero que, a nuestro juicio, impropriamente la ciencia jurídica les da un mismo tratamiento, lo que de suyo nos parece equivocado. Ello porque es evidente que no es lo mismo un oligofrénico que un neurótico. La oligofrenia es claramente una enfermedad que afecta la voluntad y por lo tanto hace incapaz a la persona que la padece, puesto que ella se refiere a la detención del desarrollo síquico general experimentado en el período del nacimiento o de la infancia, sea por causas congénitas o adquiridas. El oligofrénico jamás llegará a tener un cociente de inteligencia superior al de un niño de 7 años, cualquiera que sea su edad cronológica. En cambio, las neurosis son formas de reacción síquica producidas por conflictos que el sujeto sufre desde fuera, ora por problemas económicos, ora por razones de índole sentimental, pero ellos no comprometen la voluntad válida y, en consecuencia, los actos que no tengan relación con el hecho que provoca la

⁷ "Incapacidad Civil y Representación Legal del Enfermo Mental recluido en un establecimiento psiquiátrico", autores César Frigerio C. y Alvaro Pizarro B., *Familia y Personas*, Editorial Jurídica de Chile, año 1991, p. 43.

⁸ "Incapacidad Civil y Representación Legal del Enfermo Mental", autor César Frigerio C. en *Revista Chilena de Derecho*, año 1989, vol. 16 N° 1, p. 37.

⁹ Corte Suprema, 11 septiembre 1958, R., t. 58, sec. 2ª, p. 21.

neurosis serán lúcidos y válidos ya que el individuo está en condiciones de saber y entender lo que hace.

De manera que esta distinción en los tipos de enfermedades mentales que existen, la ley civil no las hace, y con ello se incurre en nuestro ordenamiento jurídico en un error que afecta el derecho en su esencia de personas que sin ser dementes, al estar afectadas por alguna enfermedad mental, caen dentro de la categoría de dementes, conforme a la actual concepción de la ley.

Por consiguiente, para determinar la capacidad civil de un individuo que sufre una enfermedad mental es menester considerar los cambios profundos originados a causa de los descubrimientos científicos a partir de mediados de este siglo. Hoy en día, la demencia significa una enfermedad muy precisa que hace que dicha voz tenga un sentido claro, a la luz de la ciencia médica, y conforme al artículo 19 que señala que "las palabras técnicas de toda ciencia o arte se tomarán en el sentido que les den los que profesan la misma ciencia o arte", hay que adecuar el artículo 1447 de acuerdo a la concepción actual, respecto de los dementes.

En este sentido, aparece razonable el que la ley establezca de manera amplia la incapacidad del demente, buscando un concepto descriptivo más que una definición cerrada, porque cualquiera sea la definición que se asuma siempre ella acarrea discusiones que conllevan a posturas, las más de las veces, erróneas o incompletas que desnaturalizan la voluntad de la ley.

Caso concreto de lo afirmado es la definición que el artículo 172 del Código Sanitario dio de persona demente, al que anteriormente se hizo referencia, y que haciendo al menos un esfuerzo en precisar dichas personas, no fue suficiente, y encontró tantas discusiones que al final fue derogado.¹⁰

Acometer un concepto no es fácil, pero constituye una necesidad que se hace imperiosa. En este aspecto, nos parece que el actual Código Civil Español, cuya reforma en esta materia se hizo en el año 1984, solucionó en buena forma el problema y pensamos que puede ser una fuente adecuada para la modificación de nuestra ley.

Recordemos que la ley española no establece quienes son incapaces, como lo hace la ley chilena, sino que expresa las causas de incapacidad, lo que es una diferencia sustancial, puesto que reafirma el principio de presunción de la capacidad de ejercicio.

Pensamos que es acorde al objetivo de integrar a la sociedad en igualdad de condiciones, dentro de lo posible, el establecer causales concretas que den origen a las incapacidades y no especificar, como lo hace nuestro Código Civil, determinadas categorías de personas, como lo son los dementes, impúberes y sordomudos que no pueden darse a entender por escrito.

De manera que, a partir de las enfermedades mentales, una de las cuales es la demencia, la ley debería establecer cuál de ellas o qué causales impiden a las personas afectadas actuar en la vida del derecho reforzando con ello el principio de presunción de la capacidad.

3.B. *Los sordomudos que no pueden darse a entender por escrito*

Si respecto de los dementes postulamos la modificación de las normas jurídicas que los declaran absolutamente incapaces por las razones precedentemente

¹⁰ Código Sanitario de 1925.

señaladas, en relación a los sordomudos que no pueden darse a entender por escrito, afirmamos categóricamente que incluidos entre los incapaces es algo totalmente arcaico considerando los instrumentos de que disponen para declarar su voluntad.

Hay un lenguaje oral muy desarrollado que permite al sordomudo comunicarse con los demás.

En efecto, resulta del todo interesante estudiar el lenguaje de las señas, porque éste es el medio idóneo para sacar de la incapacidad a quien, creemos, no la tiene y por ende no les debería afectar.

Según el profesor Hernán Cuevas, de la Universidad Austral, el lenguaje de señas constituye la base de la enseñanza, en el modelo antropológico, lenguaje que se genera dentro de la comunidad sorda y que posee su propia dinámica y organización, aunque también acepta cualquier forma de comunicación y apoyo para obtener una mejor interacción, tanto entre los sordos como en situaciones comunicativas de sordos con oyentes.¹¹

Ahora bien, en el lenguaje común el mensaje se envía vía oral y se recibe por intermedio de la audición, en cambio en el lenguaje de señas el mensaje se produce desde las manos del remitente y es recibido a través de la visión del receptor. De manera que las señales, conocidas como los gestos y movimientos de las manos, llevan información lingüística al igual que las palabras del lenguaje oral, lo que permite manifestar en forma fehaciente la voluntad del sordomudo.

Es importante establecer, conforme lo expresan los especialistas, que las señas constituyen el lenguaje natural y fiel patrimonio cultural de la persona sordomuda.

Técnicamente las señas comprenden todo un significado por sí mismas y se ordenan de acuerdo a reglas sintácticas propias, que conforme a estas características requieren de personas especializadas para recibir el mensaje del sordomudo en forma fidedigna.

Resulta notable al desarrollo que el lenguaje de señas encuentra hoy en día, y lo efectivo que es. En este sentido, preciso es destacar, a modo de ejemplo, que en el noticiero de un medio televisivo se incluye este método que permite acceder a las noticias a las personas sordomudas.

Por consiguiente, las instituciones de carácter jurídico, a nuestro parecer, perfectamente podrían adoptar medidas para otorgar a estos incapaces absolutos la posibilidad de actuar en la vida del derecho con pleno ejercicio de sus derechos y deberes.

La causa que origina el que nuestro Código Civil comprenda entre aquellas personas que no puedan actuar en la vida del derecho personalmente, a los sordomudos que no puedan darse a entender por escrito, es la imposibilidad de conocer su voluntad. Pero eso ocurría en la época en que se dictó la ley civil. Actualmente resulta particularmente claro que el lenguaje de señas es un instrumento idóneo para saber y entender la voluntad de quienes son sordomudos y no pueden darse a entender por escrito.

¹¹ "El Lenguaje de Señas", autores Mauricio Pilleux, Hernán Cuevas y Erica Avalos, impresión Universidad Austral de Chile, año 1991.

3.C. *Análisis crítico de algunas disposiciones existentes en la ley civil*

Hay determinadas normas jurídicas, en el Código Civil y en otras leyes, que cercenan la capacidad de las personas que sufren alguna enfermedad síquica o son ciegos o mudos, para realizar determinados actos jurídicos, y que a la luz de nuestra tesis, ya no se justifican y el legislador bien podría derogarlas o al menos modificarlas. Estas normas las analizaremos a continuación.

– Art. 497

Esta disposición contempla incapacidades para ejercer tutelas y curaduría a determinadas personas en razón de sus defectos físicos y morales. Incluye entre los primeros a los ciegos, mudos y dementes, aunque no estén en interdicción.

¿Es razonable, en la actualidad, privar de la posibilidad de ejercer las guardas a personas afectas a estas minusvalías?

Pensamos, en este sentido, que hay que considerar primeramente cuál es la finalidad del cargo de tutor y curador, hacer un distingo entre la categoría de ciego y mudo y de dementes, y en particular ver la semejanza que tiene esta institución con la patria potestad, puesto que respecto de los padres ciegos o mudos no se les ha negado el derecho a ejercerla.

El objeto de la función de los guardadores consiste en cuidar de la persona de los incapaces y administrar sus bienes. Conforme a ello, siendo que los ciegos y los mudos no son incapaces sino que lo es el sordomudo que no puede darse a entender por escrito, no vemos la razón actual de la disposición que les impide ser nombrados y ejercer el cargo de tutor o curador. Tan insólita resulta contemporáneamente esta prohibición que, es paradójico el que existen actualmente muchos abogados y estudiantes de derecho afectados de ceguera, que de acuerdo al artículo en estudio no pueden ser guardadores, sin embargo, como abogados se encargan de negocios ajenos con mayor amplitud que un tutor o curador.

En relación con la guarda de un menor y la patria potestad es interesante, como fundamento de nuestro aserto, de eliminar del artículo 497 a los ciegos y mudos y darle otra redacción respecto de los dementes, hacer la comparación.

Existe gran analogía entre las tutorías y las curadurías de los menores y la patria potestad; ya que tienen el mismo objeto, que es la educación del menor y la administración de sus bienes, pero difieren considerablemente por cuanto la ley da al padre de familia un poder mucho más amplio que el que tienen los guardadores. El padre de familia está investido de una verdadera autoridad que le otorga derechos especiales respecto de la persona del hijo de familia y de su patrimonio; mientras que al guardador sólo confía el cuidado de la persona del menor y le entrega la administración de sus bienes con facultades limitadas y minuciosamente fijadas. El padre que ejerce la patria potestad representa al hijo de familia en los actos de la vida civil y defiende sin duda sus intereses; pero esta defensa, que es un atributo de la potestad del padre, es un simple mandato con respecto al guardador.¹²

¹² Derecho Civil Chileno y Comparado. Autor: Luis Claro Solar, Editorial Jurídica, año 1979.

Es conocido el aforismo jurídico que dice "quien puede lo más, puede lo menos". Si el ciego o mudo, como padre de familia no está impedido de ejercer la patria potestad de sus hijos legítimos, por qué ha de impedírsele la designación, al menos como tutor de un impúber. En este aspecto, no vemos impedimento razonable, ni fundamento que haga fuerza hoy en día, cuando existen tantas técnicas que permiten a ciegos y mudos valerse por sí mismos y relacionarse con el mundo, en forma lo más igualitaria posible. En razón de ello es que postulamos el que se revise la inclusión de estas personas en la disposición referida y se concluya que es jurídicamente procedente eliminarlas de ella.

En cuanto a los dementes, nos limitamos a reiterar lo expresado supra, en el sentido de replantearse el concepto de manera que la incapacidad afecte a aquellas personas que efectivamente padecen de una enfermedad mental que les impide gobernarse por sí mismas y, por consiguiente, esta norma tenga una redacción, en este punto, más flexible y no exprese "el demente, aunque no esté en interdicción", sino que diga, por ejemplo, "Los que estén privados de la razón en forma persistente por causa de enfermedad mental en términos que les impida gobernarse por sí mismos".

Con todo, es evidente que el tema de los dementes, por ser más complejo, amerita un mayor estudio y análisis que respecto de ciegos y mudos, por lo que concluimos el análisis crítico de esta norma jurídica postulando la eliminación de sus números 1 y 2 y una revisión del N° 3 ajustándolo a la nueva concepción de la incapacidad, conforme a nuestra tesis.

– Arts. 355, 456 y 469

Aquí nuevamente tenemos que hacer una separación entre los dementes y los sordomudos que no puedan darse a entender por escrito.

- a) La disposición del artículo 355, por las razones señaladas precedentemente, debería ser modificada en su segunda parte, eliminando, desde luego, la guarda testamentaria en relación a los sordomudos que no entienden ni se dan a entender por escrito, dándole una nueva redacción para referirse a las personas que padecen enfermedades síquicas que eliminan completa y permanentemente su voluntad.
- b) La norma del artículo 456 obviamente debería ser adecuada en su redacción eliminándose la expresión "demencia" porque, como se dijera anteriormente, ella implica un cúmulo de enfermedades o alteraciones mentales, muchas de las cuales no imposibilitan al sujeto gobernarse por sí mismo.
- c) En cuanto al artículo 469, lisa y llanamente postulamos la derogación de ese artículo, y lo que es más, de todo el título XXVI del Libro I, puesto que el fundamento de esta curaduría es la imposibilidad, según el Código, de darse a entender, de comunicarse con los demás, lo que se desprende del artículo 472 que establece que la curaduría cesa cuando el sordomudo se hace capaz de entender y ser entendido por escrito que él lo pida y tenga suficiente inteligencia para la administración de sus bienes.

Ya se ha dicho que los sordomudos cuentan con modernos medios de comunicación que hacen posible el que se den a entender y se les entienda lo que quieren expresar, de manera que desaparecida la razón de ese título, parece menester eliminarlo.

- *Art. 1.005*

Este artículo establece las diversas causales de incapacidad para testar, comprendiendo entre ellas en su N° 5 al que de palabra o por escrito no pudiese expresar su voluntad, impidiéndoles realizar a estas personas un acto importantísimo en la vida, privándolos de un derecho tan consustancial al individuo como lo es el poder disponer de sus bienes una vez muerto.

He aquí una norma de prohibición que atenta claramente contra la igualdad de oportunidades que a toda persona le asegura nuestra Constitución Política.

Siendo el testamento un acto personalísimo, creemos que las inhabilidades para hacerlo deben ser extraordinariamente rigurosas y por eso que el número quinto del precepto al declarar inhábil para testar a "todo el que de palabra o por escrito no pudiese expresar claramente su voluntad" incluyendo así al sordomudo que no puede darse a entender por escrito, debería redactarse en un sentido más amplio, posibilitando a estas personas efectuar este acto tan inherente a la persona humana. De esta forma podría este número quinto definirse en términos positivos que permitiera al sordomudo testar. Hay que recordar que el Derecho Romano durante Justinianus no declaró esta incapacidad de manera absoluta, sino en forma hasta cierto punto condicional, previendo que pudiera haber medios de que un sordomudo manifestase su voluntad. De manera que la legislación de Justinianus les permitió testar, cumpliendo ciertas formalidades particulares.¹³

Siguiendo esta sana doctrina proponemos eliminar el numerando quinto, agregando a este precepto un inciso nuevo que expresara que "todo aquel que de palabra o por escrito no pudiese manifestar su voluntad, podrá testar usando el lenguaje de señas u otro medio de comunicación semejante que permita, de un modo irrefragable, conocer claramente cual es su voluntad". Agregándose como requisito, a los testamentos, para mayor seguridad, que el número de testigos no podrá bajar de 5.

Con ello se reconocería a estas personas el derecho natural de testar, lo que se condice con los principios que informan a un ordenamiento jurídico adecuado.

- *Art. 1.012*

Si la disposición que trata de las incapacidades para testar amerita, al menos, una revisión, este precepto de inhabilidades para ser testigos en los testamentos solemnes claramente merece una eliminación de los numerandos sexto y séptimo que impiden a los sordos y mudos, respectivamente, comparecer como testigos en aquellos testamentos y modificar el número quinto que se refiere a los ciegos.

Los fundamentos de esta posición son los siguientes:

a) Los ciegos

Es aplicable en este caso nuevamente el aforismo jurídico "quien puede lo más puede lo menos". Pues si al ciego, conforme al artículo 1.019, se le permite testar nuncupativamente, no vemos la razón para inhabilitarlo como testigo de testamento solemne abierto, ya que lo que constituye el testamento solemne abierto es el acto en que el testador hace sabedores de sus disposiciones al Notario u otro ministro de fe y a los testigos. Este testamento es leído en voz alta

¹³ Cfr. Claro Solar, V. VII, p. 29.

y todo el acto que regula el Código Civil al efecto, hace que sea el sentido del oído el predominante, conforme a lo cual no vemos razón plausible para inhabilitar al ciego como testigo de testamentos de esta naturaleza.

Distinto es el caso de aquellos que son solemnes y cerrados porque en ellos prima el sentido de la vista.

En efecto, el artículo 1.023 al reglar los testamentos solemnes cerrados dice que lo que constituye esencialmente estos testamentos es el acto en que el testador presenta al escribano y testigos una escritura cerrada. Así, parece lógico que "donde hay la misma razón debe haber la misma disposición", es decir, si a las personas afectadas con ceguera se les faculta para otorgar testamento solemne abierto, por qué no permitirles ser testigos de esta clase de testamento como también nos parece razonable que se les sirva otorgar testamentos cerrados y ser testigos en ellos por razones obvias.

b) Los sordos y mudos

Nos parece discutible la discriminación que afecta a estas personas para ser testigos en testamentos solemnes.

Aquí aparece de toda justicia recoger el criterio utilizado por el legislador en el Código de Procedimiento Penal y armonizarlo con la ley civil.

¿Cómo es posible que el sordo y el mudo sean capaces de comparecer como testigos a un juicio criminal y no sea posible que comparezcan en un acto civil, como lo es un testamento?

En el primer caso se está siendo determinante, como medio de prueba, en lo que se refiere a la presunta responsabilidad de una persona de un delito que se investiga, y que puede derivar en la privación de su libertad.

En el caso de un testamento, se está refiriendo al patrimonio de una persona, que ciertamente es importante, pero no más que el bien de la libertad personal y del honor.

Por consiguiente, si el artículo 215 del Código de Procedimiento Penal que expresa "Si el testigo fuere sordo, las preguntas le serán dirigidas por escrito; y si fuere mudo, dará por escrito sus contestaciones", otorga valor como testigo a sordos y mudos, no observamos impedimentos para que les habilite como testigos en testamentos.

– Art. 14 Ley de Matrimonio Civil

El precepto incapacita como testigos, en los matrimonios, entre otros, a los ciegos, sordos y mudos.

Aquí, nos parece que el legislador repitió las causas de incapacidad que en general el Código Civil sigue para sus instituciones.

Oportuno es, en esta parte, hacer una brevísima reflexión sobre el rol que cumplen los testigos en el matrimonio. Constituyen una exigencia de solemnidad que el legislador estatuyó, que dan certeza de que en el acto de celebración del matrimonio se cumplieron, a su vez, todos los requisitos que exige la ley. Son ellos personas conocedoras de los cónyuges a quienes éstos hacen la deferencia de pedirles que atestigüen y deponen en el momento mismo del acto del matrimonio sobre hechos coetáneos o recientes que obviamente les consta.¹⁴

¹⁴ Rozas V., Fernando, "Nulidad Absoluta y Relativa en el Matrimonio". Revista Chilena de Derecho, vol. 3 N° 1-3, año 1976, p. 71.

Así las cosas, un ciego, un sordo o un mudo están perfectamente en posición de concurrir como testigos en un matrimonio.

Algunos dirán que no están en condiciones de poder hacerlo por las limitaciones físicas que les afectan y que ello obstaculizará su labor en cuanto a ver y oír lo que sucede en el acto del matrimonio. Al respecto, nos limitamos a señalar que los testigos de un matrimonio no son cualesquiera personas, como se expresa precedentemente, son personas muy conocedoras de los contrayentes, de forma que saben perfectamente su vida, la historia de amor que lleva a los contrayentes a celebrar su matrimonio, por lo que no vemos motivo para inhabilitar a tales personas como testigos de matrimonio, sobre todo respecto de las personas mudas que ven y escuchan y pueden comunicar por escrito o por lenguaje de señas el acto del matrimonio.

De manera que, sobre esta materia, somos partidarios de eliminar el numerando cuarto de este artículo, y a lo menos a las personas afectadas de mudez.

– *Art. 16 Ley de Registro Civil*

Esta disposición, siguiendo la norma precedentemente analizada, declara que no podrán ser testigos, en el numerando cuarto, los ciegos, sordos y mudos.

Aquí reiteramos los argumentos referidos en relación al precepto anterior, agregando que las inscripciones que realiza el Registro Civil son actos tan importantes en la vida de las personas, que es difícil que se haga comparecer a cualquier sujeto extraño. El nacimiento, el matrimonio y la defunción son hechos jurídicos evidentemente trascendentes de la existencia humana que además originan estado civil, con un conjunto de efectos jurídicos de suma significación, por lo que, aplicando las máximas experiencias, nos inclinamos por señalar que es poco frecuente, por no decir jamás, que quien realice un acto ante el Registro Civil allegará testigos que no estén en cabal conocimiento del hecho sobre el cual depondrán.

– *Art. 62 Ley sobre Registro Civil*

La norma jurídica en comento establece que no podrán ser Conservadores u Oficiales del Registro Civil los ciegos, los sordos, los mudos y los dementes, aparte de otras personas que enumera.

Es claro que las personas que ejercen estos cargos son ministros de fe respecto de las actuaciones que la ley sobre Registro Civil y otras leyes les encomienda, por lo que deben estar en posesión de las máximas aptitudes físicas y mentales. No obstante, somos partidarios de hacer alguna excepción en lo concerniente a las personas ciegas, sordas o mudas. Aquí la ley podría permitir el acceso de estas personas a dichos cargos siempre que contaran con un título o grado de índole universitario con el objeto de asegurar a la sociedad la plena idoneidad del funcionario minusválido, lo que además daría certeza en cuanto a que el funcionario usa o domina alguna técnica que le ha posibilitado no sólo la comunicación con terceros sino que el acceso a un título profesional. Con todo, admitimos que el tema es discutible y, por consiguiente, supone un mayor estudio, con énfasis en los efectos prácticos que tendría una modificación a la norma en vigor.

En lo que dice relación con la voz "los dementes", creemos conveniente, una vez más, readecuar dicha acepción, que las leyes civiles utilizan con la concepción arcaica, dándole otra redacción, porque de seguir la norma en los términos en que está, seguramente, más de un funcionario que actualmente ejerce el cargo de oficial de Registro Civil puede entenderse como demente, para ello bastaría cualquier enfermedad mental mínima que perfectamente pudiera afectar a una persona, sea por cualquier causa para considerarla tal.

- *Art. 465 del Código Orgánico de Tribunales*

Impide ser notarios a los sordos, ciegos y mudos, y curiosamente no incluye a los dementes, de manera que un demente no interdicto podría ser nombrado notario, pero no oficial del Registro Civil.

En virtud de esta omisión en que incurrió el legislador, somos partidarios de agregar con inhabilidad para ser notarios a aquellas personas que padecieren de alguna enfermedad mental que le impidan gobernarse por sí misma.

Y en cuanto a ciegos, sordos y mudos, dadas las delicadas y múltiples funciones a que está llamado a actuar, como ministro de fe el notario, la norma en actual vigencia parece conveniente dejarla en los términos en que se encuentra.

4. SINTESIS

Completando este trabajo, y a título de síntesis, expresamos que el tema que hemos tratado tiene aristas complejas y que por lo tanto requiere de mayores estudios y debates. Estos autores han querido abrirlo, en la convicción de que cualquiera sea la posición que se tenga, las normas jurídicas sobre incapacidades absolutas y otras que, sumariamente, se han analizado, necesitan de una revisión que, desde luego, planteamos con ideas precisas que se resumen en las siguientes:

1. La materia necesita de una reforma al Código Civil en los artículos pertinentes.
2. Esta reforma debe eliminar la expresión "dementes" por otra que contemple enfermedades mentales que efectivamente, y en forma permanente, priven a un sujeto de su voluntad.
3. Nos inclinamos porque se siga, en materia de incapacidades, la postura adoptada por el Código Civil Español, en cuanto a considerar causas generales, y no determinar grupos de personas como lo hace actualmente nuestro Código.
4. Que al mismo tiempo se establezca un procedimiento expedito que permita al juez dictaminar cuando una persona es incapaz jurídicamente.
5. El proyecto de modificación planteada, como corolario de la institución de las incapacidades absolutas tendría que incluir todas o algunas de las disposiciones legales que se han revisado.

Más allá de estas ideas concretas, concedores de la reticencia a innovar el Código de don Andrés Bello por la gran mayoría de los estudiosos del Derecho Civil, a lo cual en general nos adscribimos, creemos que sobre la materia tratada concurre una excepción, que nace de la praxis, y el derecho no es otra cosa que la vida misma y si el derecho, a través de la ley, no recoge la realidad, ¿para qué sirve el Derecho?

Entonces, enfrentemos esa realidad, que consiste en que los adelantos de las ciencias médicas y educacionales han permitido cambiar el mundo de los minusválidos haciéndolos partícipes activos en la sociedad; y adecuemos las leyes conforme a ello.

Este es nuestro desafío como hombres que profesamos la ciencia jurídica.