



UNIVERSIDAD
DE CHILE

UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE DERECHO PRIVADO

DISCAPACIDAD INTELECTUAL Y GUARDAS

Hacia una nueva legislación que reconozca la autonomía de las
personas en situación de discapacidad

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

MAXIMILIANO CLEMENTE BARROS ASTUDILLO

Profesora Guía: Dra. Fabiola Lathrop Gómez

Santiago de Chile

Mayo, 2019

Principalmente a mi madre, mi padre, mis hermanos, mi compañero y mi profesora.

Pero me faltaría espacio para agradecer.

Tengo la suerte de estar rodeado de personas maravillosas.

CONTENIDO

INTRODUCCIÓN	6
I. SOBRE LAS GUARDAS	10
1. El elemento positivo y el elemento negativo	11
2. Elementos de la definición	12
a) Las guardas pueden ser tutelas o curadurías	12
b) Constituyen un cargo	13
c) Son cargos impuestos a ciertas personas	13
d) Se establecen “a favor” de ciertas personas	14
e) La justificación de esta protección estaría en la imposibilidad de dirigirse a sí mismos y en la incompetencia para administrar sus propios negocios”	14
f) Las guardas proceden para aquellas personas que no se hallen bajo potestad de padre o madre que pueda proporcionar la protección debida	15
CARACTERÍSTICAS COMUNES A TODAS LAS GUARDAS	16
1. Intervención de un sujeto activo, un sujeto pasivo; y el juez	16
2. Aunque la guarda puede tener tres fuentes, siempre se requerirá discernimiento o decreto judicial	17
3. Son normas que regulan relaciones entre particulares, pero que en lo sustancial son de orden público	18
4. Excepcionales, de aplicación restrictiva y según enunciación taxativa	20
OBJETO Y EXPRESIONES CONCRETAS DE LAS GUARDAS	23
CLASIFICACIÓN DE LAS GUARDAS SEGÚN SU OBJETO	24
1. Tutelas y curadurías: ¿distinción anacrónica?	25
2. Curadurías generales	27
3. Curadurías extraordinarias	27
3.1 Curadurías de bienes	27
3.2 Curadurías adjuntas	28
3.3 Curadurías especiales	29
4. La guarda interina o provisoria del artículo 371 del Código Civil	30
5. La curaduría provisoria del art. 18 bis de la Ley 18.600	31
II. LA CURADURÍA DEL DEMENTE	34
1. El concepto de demencia en el Derecho chileno	34
2. Requisitos básicos de procedencia para la interdicción por demencia	35

2.1	La habitualidad del estado de demencia.....	36
2.2	Que el interdicto sea adulto (o menor adulto, según algunos autores)	37
III.	PROCEDIMIENTOS DE INTERDICCIÓN POR DEMENCIA.....	40
1.	Los procedimientos de interdicción en Chile: voluntario y contencioso	40
2.	Titularidad activa	41
2.1	La amplia titularidad activa de la interdicción por demencia contenciosa	41
2.2	Titularidad activa- y prelación- en el procedimiento voluntario de interdicción	43
3.	Prelación para el nombramiento del curador de la PcDICPS en un juicio de interdicción	43
4.	Sustanciación contenciosa o no contenciosa	44
5.	Efectos de la interdicción según el procedimiento tramitado	46
IV.	ALGUNAS LIMITACIONES QUE SE DERIVAN DEL ESTATUTO ACTUAL	48
a)	Derechos políticos y servicio público	49
b)	Integridad física y psíquica en la atención de salud	50
c)	Relaciones afectivas y familiares.....	53
d)	Administración patrimonial y autonomía contractual.....	55
V.	HACIA UNA NUEVA REGULACIÓN	62
	La Moción Nº 12441-17	63
a)	Planes de Apoyos.....	63
b)	La figura del facilitador o facilitadora.....	65
c)	Salvaguardas.....	66
	El rol del Estado: observaciones a la Moción	66
•	Conveniencia del plan de apoyos y los facilitadores.....	66
•	La lógica contractual del plan de apoyos.....	67
•	Distinción entre el otorgamiento del plan de apoyos y el nombramiento de facilitadores/as	68
	CONCLUSIONES.....	72
	BIBLIOGRAFÍA	74
	JURISPRUDENCIA.....	76

RESUMEN

El trabajo se propone un análisis acabado de las normas que componen el estatuto que resulta aplicable en Chile a las personas en situación de discapacidad intelectual, cognitiva y/o psicosocial. El punto de partida de la Tesis se centra en las guardas, instituciones de cuidado altamente invisibilizadas en el estudio de la doctrina nacional. En particular, se hace referencia a las disposiciones relativas a la capacidad jurídica, cuyo ejercicio se ve mermado por el ordenamiento actual, a la vez que implica la subsistencia de otras normas y procedimientos que resultan atentatorios contra los derechos de las personas en situación de discapacidad. Además, se analiza la Moción 12441-17, proyecto que pretende eliminar los procedimientos de interdicción, para reemplazarlos por uno que reconozca la autonomía de todas las personas y establezca la existencia de planes de apoyo. Dichos planes serán instrumentos que pretenderán- en conjunto con las salvaguardas que figurarán en el plan de apoyos- delimitar el margen de acción en que operarán tanto los apoyos para la toma de decisiones como los facilitadores de apoyos.

INTRODUCCIÓN

Esta Memoria de Grado pretende abordar de forma analítica- pero crítica- las instituciones que constituyen las denominadas guardas, con un enfoque especial hacia el concepto de demencia en nuestro Código Civil y sus respectivos procedimientos de interdicción. Se evaluará la normativa vigente, así como la doctrina y jurisprudencia que han influenciado la concepción actual que se tiene de estas instituciones y términos, tanto sustantiva como procedimentalmente.

Es necesario entender que las guardas son una de las materias menos estudiadas- si es que no la menos estudiada- que establece el Código Civil chileno. A ello se suma el hecho de que

no han sido particularmente numerosos los intentos por reformar estas instituciones, lo que implica que las guardas subsistan, en gran parte, en su fórmula original¹.

Los esfuerzos recientes² por cambiar estas instituciones se enmarcan en el mandato que implica la suscripción del Estado de Chile a la Convención de Derechos de las Personas con Discapacidad, ratificada el año 2008. Este tratado importa un compromiso internacional del Estado de Chile por asegurar ciertas condiciones y derechos mínimos para las personas con discapacidad, incluyendo los principios de vida independiente, participación activa y pleno ejercicio de sus derechos.

Además, creo importante aclarar tres cuestiones fundamentales antes de empezar: en primer lugar, este trabajo pretende abordar el tema con un especial foco en la discapacidad intelectual³. Son las personas con discapacidad intelectual, cognitiva y/o psicosocial (en adelante PcDICPS) y, en general, aquellas que se subsumen bajo la categoría de “incapaces absolutos” las más vulneradas por el estatuto actual. Esto se debe a que en Chile existe un sistema de atribución directa de la incapacidad que sustituye de forma absoluta la voluntad de las personas que se califiquen como “incapaces absolutas” (sobre esto volveré más adelante).

¹ Sin embargo estos esfuerzos han ido incrementando considerablemente en los últimos años. Gracias a la visibilidad que se ha generado de la salud mental y su importancia social, la discusión se instauró en el Congreso hace algún tiempo. Esto se materializó en los Boletines Nº 10563-11 y 10755-11, que constituyen la denominada “ley corta de salud mental” y que actualmente se encuentra en etapa de discusión en el Congreso. Aunque no se refiere a las guardas en concreto, este proyecto de ley busca evitar las internaciones hospitalarias involuntarias y desproporcionadas, además de consagrar una presunción de capacidad a favor de las personas con alguna afección de orden intelectual, cognitivo o psicosocial, de forma que se mitigue el efecto vulneratorio del sistema de atribución directa de incapacidad. En este sentido, el proyecto tiene una incidencia concreta sobre las personas en situación de DICPS.

² La iniciativa más relevante se ve materializada en la Moción Nº 12441-17, presentada en la Cámara de Diputados a comienzos del 2019. Hacia el final de esta Memoria de Grado se analizará la Moción en detalle.

³ Definiremos la discapacidad intelectual según la conceptualización que hace la AAIDD (ex AAMR) en el Manual de la AAMR del año 2002, ya que es una definición vigente y utilizada por la mayoría de los autores sobre la materia. Así, “la discapacidad intelectual se caracteriza por limitaciones significativas en el funcionamiento intelectual y en la conducta adaptativa, expresada en las habilidades adaptativas conceptuales, sociales y prácticas. La discapacidad se origina antes de los 18 años”. Ahora bien, es importante hacer la salvedad de que-para efectos del trabajo- la voz “discapacidad intelectual” también incluirá los casos de discapacidades que se hayan generado después de los 18 años, como puede ocurrir en caso de accidentes, ACV (accidentes cerebrovasculares), afecciones psiquiátricas que se pueden originar o manifestar espontáneamente, y un largo etcétera.

En segundo lugar, cabe aclarar que la existencia de un sistema de guardas *en sí* no es negativa, pero que los procedimientos- y varias de las normas sustantivas- que hoy componen el estatuto de guardas parecen derechamente inconstitucionales. Ello, porque la atribución directa de incapacidad y la sustitución absoluta de voluntad constituyen una vulneración evidente de la igualdad ante la ley; la integridad física y psíquica; el derecho a defensa; y el derecho de propiedad, por nombrar sólo algunos⁴.

El argumento contra este tipo de críticas suele ser que el trato normativo divergente responde a una diferencia de hecho que pone en un pie distinto a las personas capaces y a las incapaces, por lo cual la ley sería la encargada de “igualar el campo de juego”, no existiendo así discriminación arbitraria⁵. Pero para el caso de los incapaces absolutos (con excepción de los impúberes⁶, tema sobre el cual volveré más adelante) este argumento sólo funciona en la medida en que, genuinamente, creamos que existen personas sin voluntad, considerando los efectos radicales de sustitución absoluta del elemento volitivo que implican los procedimientos de interdicción actuales.

⁴ Revisar el Capítulo IV de este trabajo para profundizar sobre algunas de las limitaciones y vulneraciones más notorias a las que se ven expuestas las personas en situación de DICPS.

⁵ El Tribunal Constitucional se ha pronunciado de forma más bien conservadora, como de costumbre. En sentencia de fecha 26 de enero de 2016, en la causa Rol Nº 2703-14, Considerando Decimosexto señala: *“Que, de esta forma, no se infringe la igualdad ante la ley cuando ésta da un tratamiento distinto a personas que, por su condición física o mental, no están en condiciones de administrar libremente sus bienes y de participar activa y plenamente en la vida en sociedad. Desde el punto de vista de la finalidad que persiguen las medidas de resguardo y protección que el legislador puede diseñar para proteger los intereses de las personas discapacitadas y de la sociedad en su conjunto, la declaración de interdicción satisface precisamente esa doble finalidad, en la medida que esté rodeada de todos los elementos que aporten al juez la certeza de que no se está afectando la capacidad de aquellas personas sin un fundamento suficiente”*. Hay que tener en cuenta que este es un fallo del año 2016, por sorprendente que parezca.

⁶ Aunque la idea de las guardas es proteger los intereses de los incapaces de potenciales abusos, por estar de alguna forma menoscabada su voluntad, creo importante hacer esta aclaración. La incapacidad absoluta de los impúberes- y la relativa de los menores adultos- responde a un criterio material y objetivo aplicable a *todos* los niños, niñas y adolescentes, que es la edad. El asunto es discutible y habrán personas que podrían defender la idea de que los niños, niñas y adolescentes sean capaces jurídicamente, por resultar autoevidente que tienen voluntad. Sin embargo, la incapacidad de los NNA está determinada por una inmadurez mucho más “tangible” que responde a una falta de experiencia y menor entendimiento de los efectos y consecuencias de sus acciones. El problema con la incapacidad absoluta y, en particular, con la categoría de demencia- dentro de la cual se subsume a las PcDICPS- es que supone una interpretación de la ley de que estas personas carecen de voluntad, no por un hecho objetivo como puede ser la edad, sino como consecuencia de una falta de entendimiento, que permanece en la ley, sobre cómo funcionan sus afecciones.

Esto me lleva al tercer y último punto. Si reconocemos la idea de que los incapaces absolutos *tienen* voluntad y que el problema no es la *existencia* de dicha voluntad, sino un contexto adverso que le impide a estas personas *expresar* dicha voluntad claramente por sí mismas, con un sistema paralelo de salvaguardas que proteja sus intereses y garantice sus derechos, no podemos hacer más que llegar a la conclusión de que los incapaces absolutos son, en efecto, capaces. Y esa es la tesis medular que aquí se pretende defender.

Para concluir, quiero dejar en claro que esta no es una cuestión de opinión personal. El Estado de Chile está *obligado*- por su propia determinación- a tomar todas las medidas necesarias y posibles para asegurar el pleno ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad. Este compromiso fue asumido por nuestro país el año 2008 con la ratificación de la CDPD y *debe* hacerse valer. Que la ley no le otorgue ninguna validez a los actos de las personas en situación de discapacidad, que asuma que no tienen voluntad, castigando estos actos con la nulidad absoluta- máxima sanción establecida en el Código Civil- y privándolos de la administración de sus patrimonios de forma total, y muchas veces irreversible, resulta patentemente violento.

I. SOBRE LAS GUARDAS

Para conceptualizar las guardas podemos recurrir a la ley, la doctrina y la jurisprudencia. El Código Civil las define en su artículo 338 de la siguiente forma:

Las tutelas y las curadurías o curatelas son cargos impuestos a ciertas personas a favor de aquellos que no pueden dirigirse a sí mismos o administrar competentemente sus negocios, y que no se hallan bajo potestad de padre o madre, que pueda darles la protección debida.

El profesor Somarriva fue uno de los primeros en dar una definición doctrinal- bastante breve- de las guardas, que se condice con la definición legal. Sostiene que “... *las tutelas y curadurías están destinadas a proteger los intereses de los incapaces que no se encuentran bajo patria potestad o potestad marital*”⁷. Por otro lado, el profesor Carlos López Díaz estima que las guardas son “*una serie de instituciones destinadas a la protección de las personas incapaces, es decir, aquellas personas que carecen de medios de defensa contra aquellos que eventualmente pretendan abusar o explotar su patrimonio*”⁹.

Ambas definiciones ponen el acento en la *protección* que supondría el sistema de guardas. Sin embargo, otros autores estiman que son “*aquellas instituciones de carácter funcional, establecidas por el legislador para representar debidamente a los incapaces en la vida jurídica*”¹⁰. Estimo que poner el acento en la *representación* es un poco más acertado, por lo menos en la forma actual del sistema. Sin embargo, como se verá más adelante, en ocasiones las guardas tienen como objeto la *sustitución* de la voluntad de la persona incapaz, antes que la representación de sus verdaderos intereses propios.

Por mi parte, creo que una definición más completa de lo que debieran ser las guardas podría ser la siguiente: Las guardas son instituciones de carácter funcional que tienden hacia

⁷ SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel. *Derecho de Familia*. Santiago: Nascimento, 1946, p. 529.

⁸ La potestad marital obviamente se excluye de la definición, por ser una consideración residual de la incapacidad relativa de la mujer casada en sociedad conyugal.

⁹ LÓPEZ DÍAZ, Carlos. *Tratado de Derecho de Familia*. Santiago: Digesto, 2016, p. 653.

¹⁰ DEL PICÓ RUBIO, Jorge, Marcela Acuña San Martín, Cristián Aedo Barrena, Daniela Jarufe Contreras, Alexis Mondaca Miranda, y Carolina Riveros Ferrada. *Derecho de Familia*. Santiago: Legal Publishing Chile, 2016, p. 616.

el cuidado patrimonial y extrapatrimonial de personas que, siendo capaces, ven obstaculizado el ejercicio de su vida jurídica por circunstancias que hacen necesario un sistema de representación en i) la toma de decisiones con incidencia jurídica y/o¹¹ ii) en el cuidado cotidiano extrapatrimonial.

No se incluyen en esta definición los conceptos de sistemas de apoyo y salvaguardas, aunque avanzar hacia un sistema que se base en estas dos instituciones es uno de los puntos primordiales de esta Memoria. Su ausencia en la definición se explica porque los sistemas de apoyo implican necesariamente un reconocimiento de la autonomía y de la capacidad jurídica de las personas en situación de DICPS, mientras que la subsistencia del estatuto de guardas- como se ha entendido en Chile- supone, precisamente, una falta de reconocimiento al ejercicio de dicha capacidad. La premisa de los sistemas de apoyo es que todas las personas son jurídicamente capaces, solo que algunas están o pueden llegar a estar en situaciones que les impidan manifestar dicha voluntad de forma clara, motivo por el cual requieren de apoyos para expresar y formalizar sus decisiones.

1. El elemento positivo y el elemento negativo

Si se examina un poco más de cerca la definición legal que establece el artículo 338 se puede apreciar que se pone el foco en tres palabras que, de alguna forma, constituyen las fuentes materiales- o fácticas- que dan lugar a las guardas: i) la imposibilidad de *dirigirse* a sí mismo; ii) la imposibilidad de *administrar* lo suyo; y iii) la necesidad de *protección* que existe en ausencia de la patria potestad. Estas son las tres situaciones en las cuales la ley estima que el Estado debe proveer a una persona, que se denominará pupilo, de un guardador. En la definición, la imposibilidad de administrar lo suyo se sigue como una consecuencia de la imposibilidad de dirigirse u obrar por sí mismo.

La imposibilidad de dirigirse y administrar lo suyo se configuran como el elemento positivo de las guardas, que está determinado por las incapacidades. Es un elemento positivo porque quedar subsumido a alguna de las incapacidades que establece la ley supone un hecho

¹¹ Como veremos más adelante, las guardas siempre implicarán algún tipo de representación patrimonial, pero además pueden implicar cuidado extrapatrimonial.

positivo. Por otro lado el elemento negativo está configurado por la necesidad de protección que implica la ausencia de la patria potestad, es decir, un hecho negativo. Esto es una clara alusión a lo que Barcia Lehmann denomina los elementos de la esencia particular de las guardas¹². En este sentido, para que entren a operar estas instituciones, se requiere de la confluencia del elemento positivo y el elemento negativo. A *contrario sensu*, no puede designarse guardador si es que la persona que se pretende proteger no es incapaz, como tampoco se podrá designar si es que uno o ambos progenitores tienen la patria potestad¹³.

2. Elementos de la definición

a) **Las guardas pueden ser tutelas o curadurías**, según una primera distinción general.

Mucho se ha discutido en la doctrina sobre si esta distinción es necesaria o tiene alguna incidencia real, particularmente en cuanto a las guardas de los menores¹⁴. De la misma letra de la ley se puede reconocer que, al menos en su origen, las tutelas tenían como objeto el resguardo de los intereses de la persona y las curadurías se referían a la administración del patrimonio o los negocios de las personas.

¹² BARCIA LEHMANN, Rodrigo. Fundamentos del Derecho de Familia y de la Infancia. Santiago: Thomson Reuters Puntotex, 2011, p. 537.

¹³ La excepción se puede dar en ciertas curadurías adjuntas, como se verá más adelante. Esta excepción se debe tener en cuenta, ya que a lo largo de este trabajo me referiré a la falta de patria potestad como una condición necesaria para la procedencia de las guardas de los menores de edad.

¹⁴ Claro Solar, por ejemplo, estima que la distinción entre tutela y curaduría no posee utilidad alguna para las guardas de un niño, niña o adolescente y apuesta por una unificación de ambos conceptos bajo el término genérico de “guardas” o simplemente “tutelas”. Da como argumentos comparativos el Derecho español, que en su Código Civil de 1888 adopta la tutela como nomenclatura genérica para las guardas aun de los mayores de edad, obviando el concepto de curaduría; el Derecho inglés, que tampoco distingue entre la tutela y la curaduría de los menores de edad, de hecho, ni siquiera establece el concepto de curaduría, sino que prevé el nombramiento de un comité encargado de velar por la persona y los bienes del “enajenado mental”. En este punto resalta el Código italiano, que reconoce la tutela como la guarda del menor de veintiún años y del mayor que esté en “condición habitual de enfermedad mental”. Para el caso de los pródigos y de los “débiles mentales” no se autoriza la interdicción absoluta, sino que se inhabilita su participación en determinados actos civiles, nombrándose un curador que podrá autorizarlos. Por otro lado, los Códigos de Portugal, Suiza y Alemania también reconocen la tutela como única guarda, tanto para menores como para mayores de edad, reservándose el concepto de curadurías para la administración de negocios determinados en casos más o menos excepcionales (véase Claro Solar, Luis. *Explicaciones de Derecho Civil chileno y comparado*, De las Pruebas del Estado Civil, tomo cuarto, pp. 171-174). Resulta importante aclarar que las concepciones de derecho comparado recién citadas tienen un fin puramente ilustrativo, para entender mejor los orígenes de estas instituciones. Muchos países- incluyendo Chile- se encuentran en vías de modificar su legislación referida a discapacidad intelectual, cognitiva y/o psicosocial. Algunos de los términos referidos podrían estar en desuso.

- b) **Constituyen un cargo** y, como tal, importan una serie de derechos y obligaciones que se garantizan por medio de la ley. En este sentido, las guardas no son un derecho particular que se confiera, o una obligación específica que se imponga por la ley. Importan una serie de instituciones y normas aplicables, constituyendo así una especie de deber-función del que se derivan varios derechos y obligaciones, de forma similar al cuidado personal¹⁵.

Su carácter de cargo queda evidenciado en el artículo 971, inciso primero. Para el caso de la guarda testamentaria, será indigno de suceder al difunto el tutor o curador que, nombrado por el difunto, se excusare de ejercer su cargo sin causa legítima.

- c) **Son cargos impuestos a ciertas personas**, ya sea por el testamento, la ley o la jurisdicción. Así, las guardas admiten la clasificación- que es también orden de prelación- de testamentarias, legítimas o dativas. Es importante saber que estas son las tres fuentes que pueden tener las guardas y que cada una tiene reglas distintas¹⁶. Se debe destacar que son cargos impuestos, es decir, una vez obtenido el decreto judicial que nombra al guardador, éste está obligado a ejecutar su cargo. Antes del decreto judicial, el presunto guardador podrá excusarse según las incapacidades (que son, en realidad, inhabilidades) contenidas entre los artículos 497 y 513. Con posterioridad a la notificación del decreto judicial que nombra al guardador, éste sólo podrá evitar el cargo invocando alguna de estas inhabilidades, o alguna de las excusas contenidas en el artículo 514. Todo ello con arreglo a los

¹⁵ La comparación entre guardas y cuidado personal se hace solo con respecto a ser un deber-función y una institución de cuidado. A pesar de que el cuidado personal tiene una dimensión patrimonial relacionada a los gastos del diario vivir, nuestro derecho la entiende como la cara extrapatrimonial de la autoridad paternal/maternal, relegando la administración patrimonial a la patria potestad (véase LATHROP GÓMEZ, Fabiola. *Ante la Ilustrísima Corte Interamericana de Derechos Humanos. Informe Pericial Caso Nº 12.502 Karen Atala Riffo y Otras vs. Chile*. Revista de Derecho - Escuela de Postgrado, Nº2, 2012, pp. 151-160).

¹⁶ Se recomienda revisar los Párrafos 2, 3 y 4 del Título XIX del Libro Primero del Código Civil, artículos 354 a 372.

plazos, formas y responsabilidades que se establecen en los artículos 512, 513, 520 y 521¹⁷.

- d) **Se establecen “a favor” de ciertas personas**, constituyendo así una supuesta protección de sus intereses. Si bien estoy de acuerdo con que este debería ser el objeto y fundamento de las instituciones de guardas, me parece evidente que el estatuto actual muchas veces produce el efecto contrario. En particular- y como ya he señalado- son aquellas personas que se subsumen bajo la categoría de incapaces absolutos (excluyendo a los impúberes) los más afectados por el sistema de atribución directa de incapacidad y sustitución absoluta de voluntad.
- e) **La justificación de esta protección estaría en la imposibilidad de dirigirse a sí mismos y en la incompetencia para administrar sus propios negocios**. Me parece que este es el elemento más controversial y anacrónico de la definición. Durante mucho tiempo se ha considerado que la esfera volitiva de ciertas personas es absolutamente inexistente o inexpresable por motivos físicos o “morales”¹⁸.

Es este paradigma el que debe revertirse. Sólo así podremos avanzar hacia un estatuto que se condiga con los lineamientos que establece la CDPD. Mientras no aceptemos que la discusión debería centrarse en encontrar formas para que

¹⁷ Deberá hacerlo dentro de los treinta días contados desde la notificación- si el presunto guardador reside en el territorio jurisdiccional del juez y pretende alegar una excusa- resultando ampliable el plazo en cuatro días por cada cincuenta kilómetros de distancia entre el territorio jurisdiccional y el lugar de residencia de quien pretende excusarse. De todas formas, estos plazos no son fatales y no implican la imposibilidad absoluta de excusarse. El guardador podrá dejar de ejercer el cargo por incapacidad (más propiamente, inhabilidad) o excusa sobreviniente; o vencido el plazo de treinta días ampliables, podrá excusarse pagando los perjuicios que su demora haya generado, siempre que la dilación hubiere sido evitable aplicando diligencia media. A contrario sensu, el presunto guardador no deberá responder de los perjuicios de la demora si logra probar que su dilación era evitable sólo según un estándar alto de diligencia, o inevitable según un estándar medio. Para el caso de las incapacidades sobrevinientes, el guardador tiene la obligación de informarlas al juez dentro del plazo de tres días desde que se ha tomado conocimiento de la incapacidad, resultando ampliable el plazo en los mismos términos que el de las excusas existentes al momento de la notificación del decreto (ampliación de cuatro días cada 50 kilómetros de distancia). De lo contrario, será responsable de los perjuicios que se generen por la demora en la comunicación al juez.

¹⁸ CLARO SOLAR, Luis. *Explicaciones de Derecho Civil chileno y comparado*, De las Obligaciones II, tomo undécimo, pp. 27-29.

aquellos que la ley considera incapaces expresen su voluntad, en vez de asumir *por ley* que dicha voluntad es inexistente, dicho avance será imposible.

- f) **Las guardas proceden para aquellas personas que no se hallen bajo potestad de padre o madre que pueda proporcionar la protección debida.** En este sentido, las instituciones de cuidado del derecho de familia e infancia (v.gr. cuidado personal y patria potestad) difieren de la tutela, una situación excepcional que se generará cuando los padres del impúber no puedan ejercer la patria potestad, ya sea por imposibilidad (v.gr. muerte) o sentencia judicial, por ejemplo, por administración negligente o dolosa del patrimonio del hijo impúber¹⁹.

En el caso del hijo menor adulto (incapaz relativo ante la ley), la curaduría también procederá a falta de padres que puedan ejercer la patria potestad. Reitero que la única excepción se puede dar en el caso de los guardadores adjuntos, que veremos más adelante.

Cabe aclarar que ello no implica que el padre o la madre tengan prohibido ser guardadores en otros casos, de hecho muchas veces se constituyen como guardadores definitivos de sus hijos adultos. Este elemento de la definición hace referencia a la titularidad- o falta de ella- de la patria potestad. De acuerdo a lo dispuesto en el artículo 270 N°4, la patria potestad terminará legalmente mediante emancipación²⁰ al cumplir el hijo los 18 años de edad. Por ello, si un incapaz adulto se encuentra bajo guarda de su madre o su padre, se está respetando el requisito de ausencia de patria potestad.

Se debe tener presente la definición de patria potestad que da el Código Civil en su artículo 243, según la cual *“La patria potestad es el conjunto de derechos y*

¹⁹ Existe norma expresa en el artículo 348 del Código Civil, según la cual *“No se puede dar tutor ni curador general al que está bajo la patria potestad, salvo que ésta se suspenda en alguno de los casos enumerados en el artículo 267. Se dará curador adjunto al hijo cuando el padre o la madre son privados de la administración de los bienes del hijo o de una parte de ellos, según el artículo 251”*.

²⁰ La emancipación es un hecho que pone fin a la patria potestad, según el artículo 269, y que puede ser legal o judicial. Los casos legales se enumeran en el artículo 270 y los judiciales en el artículo 271.

deberes que corresponden al padre o a la madre sobre los bienes de sus hijos no emancipados y se ejerce también sobre los derechos eventuales del hijo que está por nacer". De esta forma, nuestro concepto de patria potestad se limita a una cuestión puramente patrimonial: es la facultad o el derecho de los padres de administrar el patrimonio de sus hijos y se desprende como una consecuencia fáctica de la relación paterno/materno-filial.

Sin embargo, este concepto no incluye la protección de la persona que se debe en las relaciones familiares, por lo cual la doctrina ha acuñado el concepto de "autoridad parental" que envuelve el cuidado extrapatrimonial y cuya principal concreción es el cuidado personal, regulado en los artículos 224 y 225 del Código Civil²¹.

La tutela de los impúberes- así como la curaduría de los menores adultos- son situaciones excepcionales que tendrán lugar en caso de que el padre y/o la madre se vean imposibilitados para ejercer la patria potestad, que es una facultad exclusiva de los progenitores. Por ende, a falta de dicha potestad siempre debiera proceder alguna guarda²² ya que, de otro modo, la esfera patrimonial del impúber no podrá ser administrada válidamente y su cuidado extrapatrimonial quedará desprotegido, a menos que otra persona ostente el cuidado personal.

CARACTERÍSTICAS COMUNES A TODAS LAS GUARDAS

1. Intervención de un sujeto activo, un sujeto pasivo; y el juez

²¹ ACUÑA SAN MARTÍN, Marcela. Cambios en la patria potestad y en especial de su ejercicio conjunto. *Rev. derecho (Valdivia)* [online]. 2015, vol.28, n.1 [citado 2017-12-19], pp.55-77. Disponible en: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502015000100003
<http://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502015000100003>.

²² La guarda precedente será tutela o curaduría según la edad del pupilo. La tutela es la guarda que se ejerce para la protección de los impúberes, es decir, niños que no hayan cumplido los catorce años y niñas que no hayan cumplido los doce. Por otro lado, estarán sujetos a curaduría los hombres mayores de catorce y las mujeres mayores de doce que no hayan cumplido aún los dieciocho años. Todo esto en atención a lo establecido en los artículos 341 y 342, en concordancia con el artículo 26 del Código Civil.

Las normas de guardas, contenidas entre los artículos 338 y 544 del Código Civil, tienen como objeto la determinación, el establecimiento, la protección y la regulación de una relación de cuidado. Esta relación supone derechos y obligaciones patrimoniales y extrapatrimoniales, al menos en las tutelas y curadurías generales²³. La relación está constituida por un sujeto activo, que será la persona del guardador- ya sea tutor o curador- y un sujeto pasivo, que será el pupilo- persona que la ley estima incapaz y que ha sido puesta al cuidado del guardador.

Como se verá a continuación, las guardas casi siempre²⁴ requerirán de un decreto judicial, denominado discernimiento, para que el guardador pueda ejercer su cargo. Por este motivo estimo que el juez se podría considerar como un tercer interviniente, no necesariamente en el ejercicio cotidiano de la relación, pero definitivamente supone un sujeto necesario para su determinación y constitución.

2. Aunque la guarda puede tener tres fuentes, siempre se requerirá discernimiento o decreto judicial²⁵ (de ahí su carácter excepcional y la regla general de que los NNA no están sujetos a tutela, sino que a la patria potestad y al cuidado personal de la madre o el padre)

Dispone el artículo 373 que *“Toda tutela o curaduría debe ser discernida. Se llama discernimiento el decreto judicial que autoriza al tutor o curador para ejercer su cargo”*. Como

²³ La dualidad patrimonial/extrapatrimonial de las guardas aplica para el caso de las tutelas y de las curadurías generales de bienes, pero no para las curadurías que se establecen para la administración o gestión de actos o negocios determinados, como es el caso de una curaduría especial, el caso en que se ejerzan curadurías adjuntas, o el caso del curador *ad litem* (que es un tipo de curador especial). La naturaleza dual de las tutelas y las curadurías generales de bienes se encuentra claramente establecida en el artículo 340 del Código Civil.

²⁴ Si bien existe un mandato legal expreso en el artículo 373 del Código Civil, hay ciertas excepciones en leyes especiales, tales como la consagrada en el artículo 32 del Reglamento para la Internación de las Personas con Enfermedades Mentales y Sobre los Establecimientos que la Proporcionan, aprobado mediante Decreto N°570 de 1998. En la norma se establece que mientras el Tribunal competente no nombre un curador para el patrimonio del paciente, ejercerá esta curaduría el director del establecimiento de salud, sin necesidad de discernimiento. Esto supone una de las tantas vulneraciones patrimoniales a que se ven sometidas las personas en situación de DICPS.

²⁵ Existe un par de excepciones a este principio. El artículo 18bis de la Ley 18.600 permite una curaduría provisoria por el solo ministerio de la ley, cuando se cumplan ciertos presupuestos. Además, el inciso segundo del art. 32 del Reglamento para la Internación de las Personas con Enfermedades Mentales y Sobre los Establecimientos que la Proporcionan, aprobado por el Decreto N° 570 de 1998 dispone que, en caso de internación- voluntario o involuntaria- los establecimientos hospitalarios ejercerán una curaduría provisoria de los bienes de el/la paciente, mientras el Tribunal no nombre alguno.

ya se ha señalado, la intervención del juez es una condición necesaria para la constitución de cualquier guarda. Esto supone un indicio del carácter excepcional de estas instituciones, toda vez que funcionan como un sistema supletorio del soporte familiar “normal”, cuando este sistema no pueda otorgar por sí mismo la debida protección de los intereses personales y patrimoniales del incapaz²⁶.

La intervención judicial no es un problema *per se*, pero en lo que respecta a los procedimientos de interdicción se ha convertido en uno de los principales factores que determinan la inconstitucionalidad del sistema de guardas actual. El problema se genera debido a la pobreza enunciativa que existe respecto a las incapacidades consagradas en el artículo 1447 que, por ejemplo, *obliga* al juez a subsumir a las PcDICPS bajo la categoría de “dementes”. Ello implica que su voluntad se vea mermada y se les prohíba ejercer su capacidad jurídica de forma alguna. Sumado a esto, el juez posee bastante libertad de acción y valoración de la prueba en los procedimientos de interdicción²⁷.

3. Son normas que regulan relaciones entre particulares, pero que en lo sustancial son de orden público

Por estar consagradas en el Código Civil y por su objeto, las guardas son instituciones que regulan relaciones entre particulares. Sin embargo por referirse a la capacidad, que es una cuestión de interés público, se estima que sus normas son de orden público y, por ende, no pueden ser modificadas convencionalmente por las “partes”²⁸.

Tradicionalmente se ha estimado que detrás de las guardas existe una necesidad de otorgar protección a aquellas personas que la misma sociedad- y, por cierto, la ley- estima incapaces. Claro Solar estima que esto guarda una estrecha relación con el fundamento de las

²⁶ DEL PICÓ RUBIO y otros, *Op. Cit.*, pp. 615-616.

²⁷ Este margen de acción del juez es amplio para el caso de las interdicciones contenciosas. Las voluntarias o tramitadas según el procedimiento sumario de la Ley 18.600 limitan bastante la prueba, puesto que se asume que el certificado de discapacidad emitido por la COMPIN es prueba suficiente para acreditar la incapacidad y proceder a declarar la interdicción. Sobre esto se profundizará en los próximos capítulos.

²⁸ BARCIA LEHMANN, Rodrigo, *Op. Cit.*, p. 537.

guardas, que sería la utilidad social de otorgar protección y cuidado a personas que de otra forma quedarían desamparadas en la vida cotidiana²⁹.

El autor también señala que la inalterabilidad de las normas sobre guardas es la fórmula generalmente aceptada, pero que se han generado problemas en la jurisprudencia comparada, particularmente en Francia, donde se ha dicho que las guardas están organizadas en torno a la protección del pupilo y que sus normas son de interés público en lo que a él o ella respecta. Así, serían alterables las normas sobre guardas siempre que la alteración favorezca al pupilo.

Sin embargo, Claro Solar concluye desestimando esta posibilidad, ya que permitiría que el juez se pronuncie más allá de la ley. Sostiene que de este modo se podría justificar la imposición de mayores atribuciones al guardador, utilizando como fundamento la protección del pupilo. Además, señala que la organización entera de las guardas está encaminada a otorgar protección al incapaz, estableciendo claramente clasificaciones de guardas y las atribuciones, derechos y obligaciones de cada una de ellas³⁰, por lo que no sería necesaria una interpretación contra derecho del juez respecto a lo más beneficioso para el pupilo.

Estoy muy de acuerdo con Claro Solar en que otorgarle más atribuciones discrecionales al juez en los procedimientos relacionados con guardas sería riesgoso. Empero, considero que el fundamento de su posición falla en analizar de forma crítica la regulación de las guardas. La ley es incapaz de efectuar un análisis casuístico *ex ante* que pueda asegurar que, en todos los casos, se está determinando lo más beneficioso para la persona del pupilo. En especial con la amplísima gama de desórdenes y padecimientos intelectuales, cognitivos y psicosociales que se conocen hoy.

Este es un punto sustancial para nuestro análisis, toda vez que la CDPD obliga a los Estados parte a asegurar el cumplimiento y el ejercicio de todos los derechos de las PcD. Si es que la ley determina anticipadamente una limitación de derechos cuyo único fundamento es

²⁹ CLARO SOLAR, Luis. *Explicaciones de Derecho Civil chileno y comparado*, De las Pruebas del Estado Civil, Tomo Cuarto, p. 179.

³⁰ CLARO SOLAR, Luis, *Op. Cit.*, pp. 179-180.

una enunciación legal- insuficiente y anacrónica- de quienes son incapaces, evidentemente se está en contravención de lo que dispone la Convención.

Ahora bien, es cierto que existe una evaluación casuística por parte del juez, de modo que las guardas no se configuran por el solo ministerio de la ley y suponen una revisión subjetiva de las características propias de cada caso. No obstante, y como veremos a continuación, esto resulta ser también uno de los problemas de las guardas. Subsistiendo la enunciación de incapacidades en su forma actual, el juez está extremadamente restringido en cuanto a las limitaciones volitivas que se le pueden imponer al pupilo.

4. Excepcionales, de aplicación restrictiva y según enunciación taxativa

Se ha dicho que las guardas son instituciones sustitutivas de cuidado- patrimonial y extrapatrimonial- que entran a operar excepcionalmente en aquellos casos en que i) la ley estima que una persona es incapaz; y no ii) está sujeta a patria potestad. Ha señalado el profesor López Díaz: *“Sin embargo, el principal tema no es la protección en sí, sino que la determinación de las incapacidades (que por ser situaciones excepcionales deben ser taxativas y de interpretación restrictiva), sino que la calificación de una situación puntual como existente de una incapacidad”*³¹.

En la observación de López Díaz, “la protección en sí” está constituida por las guardas, como institución genérica regulada sustantivamente. Por “determinación de las incapacidades” y “calificación de una situación puntual” se refiere a los procedimientos de interdicción y de nombramiento de guardador. Estos últimos son aquellos procedimientos judiciales contenciosos o no contenciosos destinados a declarar la calidad de incapaz para luego proceder al nombramiento de un guardador³². En otras palabras, los procedimientos de interdicción y de nombramiento de guardador constituyen la cara procesal de las guardas. Los

³¹ LÓPEZ DÍAZ, Carlos, *Op. Cit.*, p. 654.

³² La definición es propia, pero se extrae de lo dispuesto entre los artículos 843 y 857, Título VI, Libro cuarto del Código de Procedimiento Civil, que se refiere a los procedimientos de interdicción, nombramiento de guardador y discernimiento.

procedimientos de interdicción para los casos de incapaces adultos y los de nombramiento de guardador para los NNA no sujetos a patria potestad³³.

Considero que esta característica es de vital importancia para entender los problemas que aquejan al sistema de guardas actual. Se reconoce el carácter excepcional de la declaración de incapacidad y se le da un enfoque casuístico, en el sentido de que cada caso debiese ser calificado según sus características y elementos propios. Esto resulta problemático, toda vez que aunque se reconoce que la calificación debiera ser casuística, se le “obliga” al juez a ajustarse a alguna de las categorías taxativamente enunciadas en el art. 1447. Ello genera como consecuencia, por ejemplo, que a las PcDICPS se les considere “dementes” y, por consiguiente, absolutamente incapaces.

El procedimiento de calificación de la Ley 20.422 tiene un enfoque acertadamente casuístico, en cuanto la discapacidad es evaluada caso a caso por la COMPIN. Pero dicho procedimiento se centra en la declaración de discapacidad y las prestaciones específicas que la declaración de discapacidad trae consigo. No tiene como consecuencia un reconocimiento, a lo menos parcial, de la capacidad jurídica que debieran poder ejercer las PcDICPS, con un adecuado sistema de salvaguardias.

El problema radica en reconocer, precisamente, que las instituciones de guardas y la declaración de incapacidad o discapacidad son de carácter excepcional y aplicación restrictiva, pero sostener que el concepto de “dementes” es aplicable en situaciones de evaluación casuística. Si en último término depende de una evaluación jurisdiccional el determinar los alcances de lo que se entenderá por demencia, no se está aplicando la calificación de forma

³³ Esta distinción es clave, en el sentido de que la ley establece los procedimientos de interdicción para los mayores de edad disipadores, “dementes” y sordos o sordomudos que no se pueden dar a entender claramente, excluyendo a los niños niñas y adolescentes. El fundamento de ello es que, como se ha mencionado, la incapacidad de los NNA responde a un parámetro objetivo e irrefutable, que es la edad. No se necesita un procedimiento de determinación de incapacidad para considerar a un niño, niña o adolescente como tal. Por ello, para los casos de NNA que no se hallen sujetos a patria potestad, se establece sólo el nombramiento de tutor o curador (según sea el caso) de acuerdo a lo dispuesto entre los artículos 838 y 842 del Código de Procedimiento Civil. Sin embargo, más adelante se analizará un problema que suscita dudas, relativa al menor adulto, sujeto a patria potestad, con DICPS.

restrictiva. El análisis de subsunción que hará el juez posee, entonces, una textura abierta y potencialmente arbitraria.

Asimismo, resulta esencial entender que la discapacidad intelectual, cognitiva y/o psicosocial posee un carácter marcadamente científico-médico, motivo por el cual no tiene sentido subsumir el abanico completo de padecimientos de este tipo bajo la categoría de demencia. Incluso la jurisprudencia de la Corte Suprema ha aceptado y sostenido esta idea³⁴

Esto podría solucionarse creando nuevas categorías de padecimientos intelectuales, cognitivos y psicosociales que se estime requieran sistemas de apoyo en la toma de decisiones y salvaguardas³⁵. Asimismo, ampliando la enunciación de los casos que corresponderían a cada categoría, en atención a la realidad actual, que reconoce muchísimos más desórdenes y padecimientos intelectuales, cognitivos y psicosociales que la demencia. En cualquier caso, prescindiendo de ciertas nomenclaturas- como “incapaces”- que resultan peyorativas y poco acertadas. Otra opción, que me parece la más alineada con la CDPD, sería prescindir de las categorías de capacidad cuando ellas no respondan a parámetros objetivos como la edad. Ello implicaría una verdadera evaluación casuística que no atienda al padecimiento específico del pupilo, sino al nivel efectivo de obstaculización e incapacidad para las labores diarias.

En este punto adquiere especial relevancia una discusión que se profundizará en el Capítulo V de esta Memoria, relativa a la Moción que deroga la incapacidad absoluta y los procedimientos de interdicción de “dementes” y sordos o sordomudos que no se pueden dar a entender claramente³⁶. El proyecto, que se encuentra en discusión en el Congreso, pretende eliminar la nomenclatura de “demencia” y dar paso a un sistema de plan de apoyos de orden contractual, que cualquier persona podrá suscribir para determinar quién, cómo y cuándo se le auxiliará en el ejercicio de su capacidad jurídica.

³⁴ Causa nº 15572/2015 (Casación). Resolución nº 167376 de Corte Suprema, Sala Primera (Civil) de 22 de Marzo de 2016.

³⁵ Sobre esto se volverá más adelante, cuando se analice el Proyecto de Ley que elimina la incapacidad jurídica de las personas en situación de DICPS. Por ahora, procede adelantar que pienso que no basta con relegar la constitución del sistema de apoyos a la esfera privada/contractual, porque se vuelve al mismo problema de potenciales abusos de personas neurotípicas hacia personas en situación de DICPS.

³⁶ Moción Nº 12441-17, presentada en la Cámara de Diputados el 5 de marzo de 2019.

Como se verá en el Capítulo correspondiente, me parece que prescindir completamente de una graduación de las discapacidades que incida en el plan de apoyos, dejando su suscripción al ámbito privado, no es lo ideal. Relegar el plan de apoyos a la esfera contractual implica volver a las mismas situaciones de potenciales abusos que justifican la existencia de un sistema de guardas. Lo ideal es reconocer la capacidad plena de las personas, pero también reconocer cuando- en atención a su condición específica- se justifica una mayor intromisión estatal fundada en la protección de las personas en situación de DICPS.

OBJETO Y EXPRESIONES CONCRETAS DE LAS GUARDAS

Las guardas- tanto tutelas como curadurías- se concretan en lo que, de hecho, constituye su mismísimo objeto, es decir, **i) representar patrimonialmente** a quienes “no son aptos” de administrar lo suyo, y **ii) otorgar la protección debida** a aquellos que no la tienen³⁷. La regla general es que ambas dimensiones- tanto la de cuidado extrapatrimonial, como la de administración patrimonial- confluyan. Esto está enunciado de forma bastante expresa en el artículo 340 del Código Civil, que dispone que tanto la tutela como la curaduría general se extienden no sólo al patrimonio del pupilo, sino que también a la persona de este. De esta forma, el legislador pretende impedir que los “incapaces” que están bajo una guarda de carácter general queden desprovistos de protección extrapatrimonial³⁸.

En las curadurías extraordinarias (de bienes, adjuntas y especiales) no existe un deber de cuidado hacia la persona del pupilo, pero sí hacia su patrimonio. Sin embargo, la ley no prevé modalidad alguna de guarda que contemple la sola protección extrapatrimonial.

³⁷ Esto se extrae a *contrario sensu* de la definición de guardas contenida en el artículo 338 del Código Civil, ya que se dice que las guardas *son impuestas a favor* de aquellas personas que no pueden administrar lo suyo o no gozan de una protección debida. Cabe destacar que la norma presume la ausencia de una protección debida con respecto a los casos en que no se puede ejercer la patria potestad.

³⁸ La confluencia de las dimensiones de cuidado patrimonial/extrapatrimonial no se da en los casos en que hay curadurías adjuntas, ya que se subentiende que existe pluralidad de guardadores. Tampoco en el caso de las curadurías especiales, ya que éstas atienden la conducción de asuntos particulares, generalmente patrimoniales. Por último, tampoco sucede en las curadurías de bienes, ya que tienen como objeto proteger el patrimonio del ausente, de la herencia yacente o del que está por nacer.

Ahora bien, la dualidad de cuidado patrimonial/extrapatrimonial con respecto a las curadurías generales de los “dementes” y los sordos o sordomudos, es más bien teórica. En lo concreto porque dichas interdicciones suponen una sustitución absoluta de la voluntad, que no necesariamente tendrá como resultado un debido cuidado y representación.

Sucede que, por mandato expreso del art. 342 del Código Civil, los dementes y sordos o sordomudos que no se pueden dar a entender claramente están sujetos a curadurías generales. Si bien es cierto que los menores adultos no sujetos a patria potestad y los disipadores también están sujetos a curadurías generales en virtud del mismo artículo, dichas personas no son consideradas absolutamente incapaces.

Si la ley otorga validez, aunque sea parcial, a la autonomía de los incapaces relativos, se podría sostener que se mantienen los objetos propios de las guardas (representar y proteger). Sin embargo, los incapaces absolutos están sujetos a un régimen de sustitución absoluta de la voluntad. De esta forma, parece discutible sostener que el fin de cuidado y protección de las guardas se mantiene intacto si es que existe sustitución absoluta del elemento volitivo. Ciertamente no cabe hablar de *representación* en un sentido estricto, puesto que no se le da reconocimiento a la voluntad de la PcDICPS.

Es interesante plantear la pregunta de qué tan válidas pueden resultar las guardas de los incapaces absolutos adultos. Si las normas que regulan una institución generan que, en lo concreto, se atente contra los objetos fundamentales que se propone dicha institución, se podría estimar que su aplicación concreta resulta contraproducente.

CLASIFICACIÓN DE LAS GUARDAS SEGÚN SU OBJETO

Hasta ahora nos hemos referido a las guardas como una institución genérica de cuidado patrimonial y/o extrapatrimonial. Sin embargo, se admiten diversas clasificaciones que pueden alterar su mismísimo objeto y función en el derecho, separando el ámbito de protección

personal del patrimonial. Así, existen curadurías especiales que sólo se refieren a la administración patrimonial e incluso son deferidas a instituciones financieras³⁹.

En este sentido, la dimensión de cuidado y protección es difusa, puesto que difícilmente una institución financiera podría cuidar los intereses particulares de una persona que no conoce y que no puede expresar claramente su voluntad, aun cuando solo ostente la administración patrimonial. Asimismo, en el caso de las guardas dativas, en que se nombra como guardador a un tercero ajeno al pupilo, resulta debatible que se tienda- en todos los casos- a la protección de los intereses particulares de dicho pupilo.

Es preciso aclarar que esta clasificación es aparte de la que se hace a partir de las tres potenciales fuentes que pueden tener las guardas (testamentarias, legítimas o dativas). En efecto, la siguiente clasificación hace alusión al objeto que tendrá la guarda (realización de una gestión en particular, protección patrimonial y extrapatrimonial, administración puramente patrimonial, etc.) y no a su fuente.

1. Tutelas y curadurías: ¿distinción anacrónica?

Esta debe ser una de las discusiones doctrinarias menos fructíferas con respecto a las guardas. De la enunciación del artículo 338 del Código Civil se podría concluir que tutelas y curadurías constituyen conceptos diversos. Sin embargo, si consideramos las curadurías generales y las tutelas⁴⁰, el objeto es el mismo: la representación y el cuidado patrimonial/extrapatrimonial. Empero, difieren en el sujeto del pupilo: las tutelas son las

³⁹ El fundamento legal de esta posibilidad se encuentra en el artículo 86 N°4 de la Ley General de Bancos o DFL 3 del 19 de diciembre de 1997, que dispone que los Bancos podrán *“Ser guardadores testamentarios generales conjuntos, curadores adjuntos, curadores especiales y curadores de bienes. En su carácter de curadores adjuntos, podrá encomendárseles la administración de parte o del total de los bienes del pupilo.*

El nombramiento de guardador podrá también recaer en un banco, en los casos de los artículos 351, 352, 360, 361, 464 y 470 del Código Civil.

Las tutelas y curadurías servidas por un banco se extenderán sólo a la administración de los bienes del pupilo, debiendo quedar encomendado el cuidado personal de éste a otro curador o representante legal”. En consecuencia, los bancos podrán ejercer el cuidado patrimonial, aun sobre la totalidad de los bienes de el/la pupilo/a, pero jamás podrán ostentar el cuidado personal.

⁴⁰ Este planteamiento excluye las curadurías especiales porque, como se señaló, difieren de las tutelas y las curadurías generales. Estas últimas, por mandato expreso del artículo 340, suponen el cuidado y la representación tanto patrimonial como extrapatrimonial, en todos los casos.

guardas aplicables a los impúberes, mientras que las curadurías generales se le aplican a los menores adultos y a los mayores de edad considerados incapaces.

El profesor Manuel Somarriva señala que:

“En realidad la diferenciación entre las tutelas y las curatelas es un resabio del Derecho Romano y la antigua legislación española. En estas legislaciones se justificaba la dualidad de instituciones porque, mientras las tutelas se referían principalmente a los bienes de las personas y de un modo secundario a la persona misma del incapaz, en las curadurías acontecía todo lo contrario: ellas miraban principalmente a la persona del incapaz y en forma secundaria a los bienes”⁴¹.

Sin embargo, Somarriva también enuncia las diferencias que la doctrina ha establecido entre ambas guardas. En primer lugar, la tutela no admite clasificación, se aplica a todos los impúberes no sujetos a patria potestad; mientras que las curadurías pueden ser generales o extraordinarias y estas últimas, a su vez, pueden ser de bienes, adjuntas, especiales o interinas.

Me parece que lo anterior es parcialmente acertado. Si bien es cierto que no existe una clasificación legal explícita de las tutelas, como ocurre en el caso de las curadurías, sí se puede afirmar que hay- al menos- dos tipos de tutela: i) la definitiva; y ii) la interina o provisoria. En breve me referiré a esto.

Por otro lado- y como consecuencia de ser las tutelas aplicables sólo a los impúberes- se puede concluir que en ellas siempre se tendrán facultades amplias para sustituir la voluntad, porque resultan exclusivamente aplicables a incapaces absolutos. Las curadurías, en cambio, *pueden* permitir cierto ejercicio autónomo de la capacidad jurídica, cuando resulten aplicables a incapaces relativos.

Por último, se señala como diferencia la imposibilidad de que el pupilo tenga incidencia en la designación del tutor. El artículo 437 del Código Civil establece, en cambio, que el menor adulto no solo está facultado para proponer a la persona del curador, sino que esta

⁴¹ SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel, *Op. Cit.*, p. 530.

proposición tendrá preferencia y el juez estará obligado a designarlo si resultare idóneo y se hubiere oído al defensor de menores⁴².

2. Curadurías generales

Son aquellas que proceden para i) los menores adultos cuyos progenitores no pueden ejercer la patria potestad; ii) los declarados interdictos por demencia; y iii) los sordos o sordomudos que no se pueden dar a entender claramente. Así lo dispone el artículo 342 del Código Civil.

Como ya se ha señalado, las curadurías generales envuelven no solo la representación y administración patrimonial de los bienes del pupilo, sino que también implican la protección extrapatrimonial de su persona, según señala el artículo 340.

El caso de los menores adultos es el único de los 3 supuestos en que la incapacidad es relativa a ojos de la ley. Como su criterio de determinación es objetivo (i.e. la edad), no requieren una declaración judicial que dé cuenta de su incapacidad. En el caso de los “dementes” y los sordos o sordomudos que no pueden darse a entender claramente, se requiere una declaración judicial de interdicción, luego de una evaluación subjetiva del caso en particular.

3. Curadurías extraordinarias⁴³

3.1 Curadurías de bienes

Existen en virtud del artículo 343, que señala que serán aquellas guardas que se darán para la administración de i) los bienes del ausente; ii) la herencia yacente; y iii) los derechos eventuales del que está por nacer.

⁴² SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel, *Op. Cit.*, pp. 530-531.

⁴³ Cabe aclarar que la denominación de “curadurías extraordinarias” ha sido acuñada por el suscrito. No es la más idónea, debido a que las guardas son, por definición, extraordinarias. Empero, cumple el fin de separarlas como un grupo aparte de las tutelas y las curadurías generales porque- como he señalado- el objeto de las curadurías “extraordinarias” puede variar y no necesariamente implicará el cuidado extrapatrimonial, que sí se debe en las tutelas y curadurías generales.

Su fundamento está en una indefensión puramente patrimonial y, por consiguiente, estas curadurías no tienen en consideración al propietario del patrimonio en cuestión, por lo que no se extiende a ellos la guarda⁴⁴.

En mi opinión, esto hace que sea debatible considerar a las curadurías de bienes como una guarda propiamente tal. Las guardas son generalmente entendidas como instituciones supletorias de la estructura familiar tradicional. Las curadurías de bienes carecen de fundamento extrapatrimonial alguno que implique un tipo de cuidado hacia la persona del pupilo.

Si nos adherimos estrictamente a la definición del artículo 338 del Código Civil, las guardas necesariamente se constituyen “a favor” de personas, y no de patrimonios. Sin embargo, también se podría argumentar que mediante la administración patrimonial se está protegiendo indirectamente a la persona del “pupilo”⁴⁵.

3.2 Curadurías adjuntas

Según el artículo 344, se denominan curadores adjuntos “los que se dan en ciertos casos a las personas que están bajo potestad de padre o madre, o bajo tutela o curaduría general, para que ejerzan una administración separada”.

Este es el caso excepcional en que se puede nombrar guardador para un NNA cuyos progenitores aún ostentan la patria potestad. El legislador ha previsto este supuesto porque, si bien es cierto que existen padres y madres que están físicamente aptos para ejercer la patria potestad (vivos), se consideran inhabilitados para ejercerla⁴⁶.

⁴⁴ CLARO SOLAR, Luis, *Op. Cit.*, p. 184.

⁴⁵ Las comillas en la palabra “pupilo” se deben a que no me convence la idea de hablar de la existencia de un pupilo en el caso de las curadurías de bienes. Si la relación jurídica que se establece en estas curadurías es entre una persona y el patrimonio de otra, y no entre dos personas, el uso de la voz “pupilo” parece cuestionable.

⁴⁶ Estos casos están contenidos en los artículos 248, 257 y 267 del Código Civil. Dispone el artículo 248, que siempre se nombrará guardador cuando maternidad y paternidad hayan sido declaradas judicialmente contra oposición del padre y la madre. Esto se fundamenta en que la oposición a la filiación hace presumir un ánimo negativo para el cumplimiento de las labores parentales. El artículo 257 dispone que “*habrá derecho para quitar al padre o madre, o a ambos, la administración de los bienes del hijo, cuando se haya hecho culpable de dolo, o de grave negligencia habitual, y así se establezca por sentencia judicial, la que deberá subinscribirse al margen la inscripción de nacimiento del hijo*”. Por su parte, el artículo 267 señala que “*la patria potestad se suspende por la demencia del padre o madre que la ejerce, por su menor edad, por estar en entredicho de administrar sus propios*

Es importante señalar que estos curadores se denominan adjuntos porque se agregan a la guarda que ejerce un cuidador anterior, sin excluir a éste. El guardador original podrá seguir ejerciendo administración sobre parte del patrimonio, a menos que se conceda la total administración y representación patrimonial al nuevo curador adjunto. En este último caso, el guardador original conservará el cuidado extrapatrimonial de la persona del pupilo.

Sin embargo, de la letra del artículo 344 se puede concluir que jamás un curador adjunto posterior al original podrá ejercer el cuidado extrapatrimonial de la persona del pupilo. Ello porque la norma en cuestión consigna claramente que se darán para *ejercer una administración separada*.

Esto resulta conflictivo toda vez que la ley se enfoca demasiado en que el cuidado extrapatrimonial subsista en el padre y la madre. Si bien es cierto que la ley debe tender hacia la conservación de las relaciones familiares, los supuestos del artículo 257 y, en especial, los del artículo 267 describen situaciones de inobservancias graves de cuidado. En los casos más severos, en que resulte injustificable que el cuidado extrapatrimonial radique en alguno de los padres, se deberá proceder por la vía de demandar el cuidado personal del NNA de quien se trate.

3.3 Curadurías especiales

El artículo 345 dispone que las curadurías especiales son aquellas que se dan para un negocio en particular. Es decir, también revisten un carácter de administración y representación únicamente patrimonial y no personal.

La curaduría especial más conocida es aquella que ejerce el curador *ad-litem*, que es el llamado a representar al incapaz en juicio⁴⁷. Sin embargo, pueden existir

bienes, y por su larga ausencia u otro impedimento físico, de los cuales se siga perjuicio grave en los intereses del hijo, a que el padre o madre ausente o impedido no provee". Ante inhabilidad, ausencia u otro impedimento del padre o la madre, asume la patria potestad el padre o madre que no la tenga. Si la inhabilidad o impedimento afecta a ambos, se procederá al nombramiento de un guardador.

⁴⁷ SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel, *Op. Cit.*, p. 536.

curadurías especiales para la celebración de actos y contratos particulares, o series de ellos que digan relación con un mismo negocio.

De las curadurías *ad-litem*, vale la pena destacar aquella prevista en el artículo 19 de la Ley 19.968, que Crea los Tribunales de Familia. Esta norma dispone que, en caso de que un NNA o incapaz carezca de representación o el Juez estime que quien la ostenta posee intereses independientes o contradictorios, éste podrá designar un representante que proteja sus intereses⁴⁸. Este curador ostentará la curaduría por el solo ministerio de la ley. En este sentido, encontramos aquí otro caso de una guarda que puede ser deferida sin discernimiento.

4. La guarda interina o provisoria del artículo 371 del Código Civil

Aunque la ley no la establece como una categoría de guardas por sí misma, me parece que la guarda especial⁴⁹ más relevante es la interina o provisoria. Ello porque, en lo concreto, la libertad de acción que posee el juez con respecto al nombramiento y la duración de las funciones del guardador interino es demasiado amplia.

Dispone el artículo 371 que cuando se retarde por cualquier causa el discernimiento de una tutela o una curaduría, se nombrará un tutor o curador interino mientras dure el retardo o impedimento. Ello hace que la duración en el cargo sea virtualmente indefinida. Asumiendo que el guardador interino será una persona más ajena al pupilo que aquella primeramente llamada a ejercer la guarda, esto puede resultar problemático.

Ahora bien, no se puede desconocer que la norma establece mecanismos de protección para que la guarda interina no se extienda innecesariamente. En efecto, el inciso primero del artículo 371 contiene, en su parte final, una limitación para la duración de la guarda interina, que se extenderá solo mientras dure el impedimento o retardo. Además, el inciso segundo

⁴⁸ El juez podrá designar a un abogado de la Corporación de Asistencia Judicial, o a cualquiera de una institución pública o privada que se dedique a la defensa, promoción o protección de los derechos del niño, niña, adolescente o incapaz.

⁴⁹ Hablaremos de *guarda* especial y no de curadurías especiales (como las del artículo 345), porque la guarda interina o provisoria puede ser tutela o curaduría, según la edad del pupilo. Las curadurías especiales, en cambio, siempre serán puramente patrimoniales y para negocios particulares, como ya hemos señalado.

agrega que existiendo la posibilidad de que otro guardador⁵⁰ ejerza el cargo, no se dará lugar al nombramiento del interino o provisorio. Sin embargo, y como consecuencia de la judicialización de los procedimientos de guardas, ello es sólo teórico y, muchas veces, los guardadores interinos ejercen la guarda por más tiempo del que deberían.

Además, el asunto sólo se agrava por lo dispuesto en el artículo 842 del Código de Procedimiento Civil, que reza:

“En los casos del artículo 371 del Código Civil, pueden los tribunales nombrar de oficio tutor o curador interino para el menor. No es necesaria para este nombramiento la audiencia del defensor de menores ni la de los parientes del pupilo”.

En consecuencia, la institución en comento supone una vulneración patente a los derechos fundamentales del pupilo, particularmente en lo relativo al debido proceso.

5. La curaduría provisorio del art. 18 bis de la Ley 18.600

Existe otra guarda que se otorga de manera provisorio en nuestro ordenamiento jurídico. Se trata de una excepción al requisito de discernimiento- ya estudiado- contenida en el artículo 18bis de la Ley 18.600. Dispone la norma que: *“Las personas naturales o jurídicas que se encuentren inscritas en el Registro Nacional de la Discapacidad y que tengan a su cargo personas con discapacidad mental, cualquiera sea su edad, serán curadores provisorios de los bienes de éstos, por el solo ministerio de la ley...”*.

Esto constituye una suerte de guarda administrativamente constituida⁵¹, que vulnera gravemente el derecho a defensa, propiedad, debido proceso e igualdad ante la ley, por mencionar solo algunas garantías constitucionales. Además, se ha prestado para abusos por

⁵⁰ La excepción al nombramiento del guardador interino contenida en el inciso segundo del artículo 371 prevé dos hipótesis: i) que exista una guarda adjunta, por lo que habría otro guardador que podría asumir el cargo antes que uno interino; ii) que se trate de nombrar a otro guardador para que suceda a quien actualmente ejerce la guarda, siendo una condición necesaria que el guardador que ejerce el cargo pueda continuar haciéndolo durante algún tiempo. El fundamento de la segunda hipótesis está en tratar de proteger la estabilidad y certidumbre de las guardas, protegiendo la subsistencia del guardador original.

⁵¹ SILVA BARROILHET, Paula. *La Capacidad Jurídica de las Personas con Discapacidad Intelectual: Régimen Jurídico Chileno y Bases para su Modificación*. Santiago: Legal Publishing Chile, 2017, p. 153.

parte de los cuidadores de las PcDICPS, que han preferido optar por esta alternativa para agilizar la curaduría y evitarse trámites judiciales⁵².

Con respecto a los requisitos de procedencia para esta curaduría provisoria, establece el inciso segundo del artículo 18 bis, que se deberá cumplir con lo siguiente:

“1) Que (las PcDICPS) se encuentren bajo su cuidado permanente. Se entiende que se cumple dicho requisito:

a) cuando existe dependencia alimentaria, económica y educacional, diurna y nocturna, y

b) cuando dicha dependencia es parcial, es decir, por jornada, siempre y cuando ésta haya tenido lugar de manera continua e ininterrumpida, durante dos años a lo menos.

2) Que (las PcDICPS) carezcan de curador o no se encuentren sometidos a patria potestad.

3) Que la persona natural llamada a desempeñarse como curador provisorio o, en su caso, los representantes legales de la persona jurídica, no estén afectados por alguna de las incapacidades para ejercer tutela o curaduría que establece el párrafo 1º del Título XXX del Libro Primero del Código Civil.

Si las circunstancias mencionadas en el inciso anterior constaren en el Registro Nacional de la Discapacidad, bastará para acreditar la curaduría provisoria frente a terceros el certificado que expida el Servicio de Registro Civil e Identificación...”.

Estos requisitos son suficientes para obtener la curaduría, que opera por el solo ministerio de la ley ante el cumplimiento de los presupuestos fácticos recién mencionados. Como consecuencia y según lo estipulado en el inciso quinto del artículo 18 bis, no será necesario discernimiento, ni rendición de fianza o confección de inventario.

Con respecto a la duración de estas curadurías, el inciso cuarto de la norma en comento establece que *“La curaduría provisoria durará mientras permanezcan bajo la dependencia y cuidado de las personas inscritas en el Registro aludido y no se les designe curador de*

⁵² SILVA BARROILHET, Paula, *Op. Cit.*, pp. 155-160.

conformidad con las normas del Código Civil". En síntesis, estas curadurías son de duración indefinida y potencialmente permanentes.

II. LA CURADURÍA DEL DEMENTE

El Código Civil establece reglas especiales para los diferentes tipos de guardas: el Título XXII establece reglas especiales para la tutela; el Título XXIII lo hace para la curaduría del menor adulto; el Título XXIV para la curaduría del disipador; y el Título XXVI consigna reglas especiales relativas a la curaduría del sordo o sordomudo que no se puede dar a entender claramente.

Todas ellas son importantes, dignas de análisis y revisión crítica. Sin embargo, las reglas especiales contenidas en el Título XXV, para la curaduría del demente, revisten especial importancia. Ello porque, como hemos señalado, son aquellas personas que se subsumen bajo la categoría de “dementes” las más afectadas por la subsistencia del sistema actual de guardas.

En esta parte me referiré particularmente a las personas con discapacidad intelectual, cognitiva o psicosocial (PcDICPS), que son aquellas que nuestro Código estima que podrían caber en la denominación de “dementes”. La denominación “PcDICPS” se acuña como una alternativa para referirse al amplio arco de afecciones intelectuales, cognitivas y psicosociales de forma menos peyorativa.

1. El concepto de demencia en el Derecho chileno

El Código Civil no define la demencia, por lo cual hay que recurrir a la doctrina y la jurisprudencia. Para el profesor López Díaz “El demente es la persona que se encuentra privada de razón, en un amplio arco que corresponderá a la ciencia psiquiátrica determinar, pudiendo estar declarado en interdicción o no(...) demencia consiste en la incapacidad de obrar a la vida del Derecho, por carecer de la facultad de representarse la realidad y actuar conforme a ella”⁵³.

Esta idea se condice con la opinión del autor de que la demencia es una cuestión de hecho y, en concreto, no se necesita de una declaración de interdicción para que los actos del

⁵³ LÓPEZ DÍAZ, Carlos, *Op. Cit.*, p. 661.

demente sean nulos de nulidad absoluta. La declaración de interdicción tendrá importancia para efectos de la carga de la prueba⁵⁴ en un juicio civil de nulidad⁵⁵.

Ahora bien, existe una presunción simplemente legal de capacidad en el artículo 465 inciso segundo, según la cual los actos y contratos suscritos por “dementes” tienen total validez mientras no se haya probado el estado de demencia, en concordancia con lo dicho en el párrafo anterior. Surge así la interrogante sobre cuál sería la consecuencia práctica de entender la demencia como una cuestión de hecho que no necesita de la declaración de interdicción, si de cualquier forma se requerirá una declaración de nulidad para que se reconozcan los efectos (o la falta de ellos) de la incapacidad.

En lo concreto, la demencia en Chile engloba cualquier tipo de afección intelectual cognitiva y/o psicosocial, aunque no sea lo suficientemente severa como para generar una privación completa de la razón. Ello porque la ley no prevé ninguna otra categoría de incapacidad que aluda a este tipo de afecciones.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional avala esta postura, dictaminando que la aplicación de los artículos 456 del Código Civil y 4 de la Ley 18.600 no produce efectos contrarios a la Constitución- y, por ende, a la Convención- aun cuando el nivel de discapacidad, certificado por la COMPIN, alcanza tan solo un 30%⁵⁶.

¿Cómo puede el Estado justificar que a una persona que cuenta con el 70% de su capacidad mental intacta se le despoje de toda voluntad vinculante para la vida jurídica? ¿Cómo puede el Tribunal Constitucional, especialmente llamado a proteger la Constitución y los Tratados Internacionales, estimar que no hay vulneración de las garantías fundamentales y los derechos que establece la CDPD?

2. Requisitos básicos de procedencia para la interdicción por demencia

⁵⁴ En concreto, será la parte que demanda la nulidad contra un presunto demente la que deberá probar la demencia faltando la declaración de interdicción correspondiente. De existir esta declaración, la demencia se encuentra acreditada desde la fecha de su dictación. Si el acto o contrato es anterior a la declaración de interdicción, esta última solo será un antecedente a considerar por el juez.

⁵⁵ LÓPEZ DÍAZ, Carlos, *Op. Cit.*, p. 663.

⁵⁶ Sentencia n° Rol 2703 de Tribunal Constitucional, 26 de Enero de 2016.

El artículo 456 establece que “*El adulto que se halla en un estado habitual de demencia, deberá ser privado de la administración de sus bienes, aunque tenga intervalos lúcidos*”.

De lo anterior es posible concluir que existen tres requisitos básicos de procedencia para la interdicción por demencia⁵⁷: i) que el sujeto esté impedido por alguna discapacidad intelectual, cognitiva y/o psicosocial; ii) que la persona con dicha discapacidad sea adulta (o menor adulta⁵⁸, dependiendo de la posición a la que uno adscriba); y iii) que la “demencia” exista en un estado de habitualidad, aun cuando se observen intervalos de lucidez, que no tienen valor alguno para efectos de la incapacidad⁵⁹. Ambos requisitos plantean problemas, a mi juicio, bastante relevantes.

2.1 La habitualidad del estado de demencia

El segundo requisito suscita una interrogante sobre la determinación de lo que se entenderá por un estado “habitual” de demencia, en relación con los intervalos lúcidos ¿Es una determinación puramente judicial que se hará caso a caso?

Ciertamente ahora existen antecedentes más unificados para la determinación del nivel de discapacidad, como sucede en el caso de la evaluación que hace la COMPIN y que actualmente es una práctica estándar. Sin embargo esta evaluación no da cuenta de la proporción entre momentos de lucidez y de demencia, sólo entrega un porcentaje que refleja un panorama general de la discapacidad física o intelectual.

Si una persona es lúcida la mayor parte del tiempo, pero sufre episodios esporádicos de demencia con cierta habitualidad, ¿está facultado el Estado para sustituir por completo el ejercicio de su capacidad jurídica? En Chile esta determinación corresponderá en último término al tamiz jurisdiccional pero, como hemos señalado, el juez no cuenta con conocimientos para una adecuada determinación. Además, por

⁵⁷ BARCIA LEHMANN, *Op. Cit.*, p. 546.

⁵⁸ SILVA BARROILHET, *Op. Cit.*, p. 147.

⁵⁹ LÓPEZ DÍAZ, Carlos, *Op. Cit.*, pp. 663-664. En esta misma línea, el autor señala que a la época de la dictación del Código no existían conocimientos científicos suficientes como para verificar la existencia de los intervalos lúcidos “que hoy la ciencia moderna considera inexistentes”. De todas formas la idea se reproduce en el Código Civil, en los artículos 456 y 465, que desestiman la validez de los intervalos lúcidos.

el lado de la prueba, se encuentra limitado a un análisis que no da cuenta de la proporción entre lucidez y “demencia”.

2.2 Que el interdicto sea adulto (o menor adulto⁶⁰, según algunos autores)⁶¹

El primer requisito plantea la pregunta de qué sucede con el menor adulto demente, ya que antes de llegar a la pubertad se es incapaz absoluto de todos modos, por lo que no existiría una diferencia sustantiva entre el tratamiento de impúberes con alguna discapacidad intelectual, cognitiva y/o psicosocial y aquellos impúberes sin DICPS. Además, en el caso de que una persona esté sujeta a patria potestad y padezca “demencia” antes de llegar a la pubertad, no existirá una declaración de interdicción puesto que la condición de impúber ya sitúa a la persona como incapaz absoluta.

Esta pregunta se responde en el artículo 457, a mi juicio, de forma insuficiente. Dispone la norma que *“cuando el niño demente haya llegado a la pubertad, podrá el padre de familia seguir cuidando de su persona y bienes hasta la mayor edad; llegada la cual deberá precisamente provocar el juicio de interdicción”*.

Lo anterior suscita dos problemas principales: en primer lugar, no se justifica que en la redacción del artículo subsista la voz “padre de familia”, debido a la ya establecida corresponsabilidad parental y el ejercicio conjunto de la patria potestad. Estimo que esta denominación se encuentra tácitamente derogada por las Leyes

⁶⁰ Alberto Lyon Puelma adhiere a la idea de que es posible provocar la interdicción por demencia de un menor adulto, ya que son capaces para trabajar y ser titulares de derechos sobre bienes propios que administran personalmente (Lyon Puelma, Alberto. *Personas Naturales*. Santiago: Ediciones Universidad Católica de Chile, 2007, p. 180).

⁶¹ Esta no es una discusión zanjada en la doctrina. Paula Silva es de la opinión de que la interdicción por demencia solo puede ser provocada contra mayores de edad, debido a la letra del artículo 456, que habla de “adultos”. Además, estima que la interdicción por demencia de un menor sólo se podría obtener con respecto a la administración de los frutos del trabajo del pupilo. Ello porque, no habiendo cumplido los 18 años y no estando sujeto a patria potestad, el menor estará sujeto a una tutela o una curaduría de menor adulto. Por último, menciona como argumento el artículo 457, que consigna la obligatoriedad de provocar el juicio de interdicción de una PcDICPS llegada la mayoría de edad, pero no antes (Silva Barroilhet, *Op. Cit.*, pp. 147-148). Estimo que esta es la interpretación correcta, pero de todos modos permitiría la interdicción del menor adulto sobre su patrimonio de administración propia. Además, esto no soluciona la interrogante que plantea la redacción de los artículos 457 y 458, sobre una suerte de interdicción de hecho que operaría sobre los menores adultos con DICPS y sujetos a patria potestad, que se verá inmediatamente.

19.585 y 20.680. En consecuencia, podrían el padre o la madre ejercer este cuidado, indistintamente.

Pero el segundo- y más grave- problema es que este artículo permitiría una suerte de interdicción de hecho contra el menor adulto- sujeto a patria potestad- que llega a la pubertad con algún grado de DICPS. Ciertamente se podrá provocar la interdicción de la PcDICPS llegada la mayoría de edad, de eso no hay duda. Pero el supuesto contenido en el artículo 457 se refiere a aquellos casos en que la “demencia” viene desde la pubertad- aunque no se haya acreditado judicialmente de forma alguna⁶². En este sentido, el menor adulto con DICPS será cuidado como un demente sin haber mediado un legítimo proceso.

Esto se deduce lógicamente a partir de la obligación que consigna el artículo en su último inciso: el “padre de familia” está obligado a provocar el juicio de interdicción llegada la mayoría de edad. No tendría por qué provocar este juicio si existiera interdicción judicial previa. Sin embargo la norma le permite al padre o madre de familia el ejercicio de una *suerte de guarda*⁶³ de hecho sobre el menor adulto “demente”.

Ahora bien, se podría argumentar que los menores adultos sin DICPS sujetos a patria potestad también están sometidos a una suerte de guarda de hecho. Esto porque, al llegar a la pubertad, no se provoca juicio de interdicción o nombramiento de guardador con respecto a ellos. El padre y/o la madre continúan ejerciendo las facultades que les confiere la patria potestad. Sin embargo esta incapacidad de hecho es distinta, puesto que es una incapacidad relativa que reconoce la validez de ciertos actos, bajo ciertos supuestos.

De la redacción de la norma en comento se infiere que el cuidado que seguirá ejerciendo el “padre de familia” será absoluto y se mirará como la guarda de un

⁶² De todas formas- y como se ha señalado- los impúberes no pueden ser sometidos a procedimientos de interdicción por demencia. Recordemos que uno de los requisitos para obtener dicha declaración de interdicción es que el potencial pupilo sea adulto o menor adulto, por disposición del artículo 456.

⁶³ El caso previsto no constituiría una guarda propiamente tal, debido a que: i) falta discernimiento, requisito esencial para el ejercicio de la guarda según el artículo 373; y ii) esta suerte de guarda se ejercería por el padre y/o la madre que tienen la patria potestad, lo que excluiría la existencia de una curaduría.

demente. De lo contrario el artículo 457 sería absolutamente irrelevante. No tendría el Código la necesidad de especificar que se continuará con el cuidado llegada la pubertad del supuesto demente, ya que esa es la regla general para los menores adultos sujetos a patria potestad.

A lo anterior se suma lo dispuesto en el artículo 458: *“El tutor del pupilo demente no podrá después ejercer la curaduría sin que preceda interdicción judicial, excepto por el tiempo que fuere necesario para provocar la interdicción.*

Lo mismo será necesario cuando sobreviene la demencia al menor que está bajo curaduría”.

El objeto de la norma precedente es bastante claro. El legislador entiende que la curaduría de un demente tiene efectos distintos a los de la curaduría del menor adulto; y un fundamento distinto al de la tutela del impúber.

Por ello previene que el tutor de un impúber demente no podrá seguir ejerciendo la curaduría después de llegada la mayoría de edad, salvo que obtenga la declaración judicial de interdicción correspondiente. De nuevo se consagra una especie de guarda de hecho, que se podrá ejercer- a contrario sensu de lo que señala la norma- durante el tiempo necesario para provocar la interdicción, es decir, hasta llegada la mayoría de edad. La norma es en realidad una reiteración de lo dispuesto en el artículo 457, para los casos en que la PcDICPS no esté sujeta a patria potestad.

III. PROCEDIMIENTOS DE INTERDICCIÓN POR DEMENCIA

1. Los procedimientos de interdicción en Chile: voluntario y contencioso

En el ordenamiento chileno existen- actualmente- dos procedimientos para provocar la interdicción de una persona con discapacidad intelectual:

- a. **El juicio de interdicción**, contencioso, al que se refieren el Código Civil y el Código de Procedimiento Civil, y al que principalmente nos hemos referido hasta ahora⁶⁴.
- b. **El procedimiento voluntario de interdicción**, consagrado en el artículo 4 inciso segundo de la Ley 18.600.

El primero supone un juicio civil de lato conocimiento, en que habrá una parte demandante⁶⁵ y una demandada⁶⁶. Se distingue del segundo procedimiento puesto que en el juicio de interdicción prevalecerá el tamiz jurisdiccional en cuanto a la determinación de la incapacidad. Será el juez quien estimará, de acuerdo a la prueba aportada, si la persona es “demente” o no, y quién será nombrado guardador.

En el caso del segundo procedimiento, la Ley 18.600 buscó simplificar la obtención de la declaración de interdicción, atendiendo a que- en la práctica- muchas veces el cuidado permanece dentro del núcleo familiar llegada la mayoría de edad. En este sentido, la provocación de un juicio de interdicción muchas veces implicaría un juicio falso⁶⁷.

En el procedimiento voluntario el juez se limita a confirmar la discapacidad, que ya estará acreditada con el certificado- debidamente inscrito en el Registro Nacional de Discapacidad-

⁶⁴ No se debe confundir este juicio contencioso con las normas del Título VI del Libro Cuarto del Código de Procedimiento Civil. Este último se refiere propiamente al *nombramiento del guardador* que tendrá lugar, mediante el discernimiento, una vez que se haya obtenido declaración de interdicción. El nombramiento del guardador es un acto- en principio- no contencioso. No así el juicio de interdicción, que será contencioso siempre que se interponga demanda o no se acompañe la certificación vigente inscrita en el Registro Nacional de Discapacidad. El nombramiento del guardador es un acto procesal distinto al de la declaración de interdicción, pero es accesorio- y una consecuencia necesaria- de dicha declaración.

⁶⁵ Que será cualquiera de las enumeradas en el artículo 443 del Código Civil.

⁶⁶ SILVA BARROILHET, *Op. Cit.*, p. 147.

⁶⁷ SILVA BARROILHET, *Op. Cit.*, p. 149.

otorgado por la COMPIN. En efecto, se ha dicho que la audiencia previa del juez con la PcDICPS⁶⁸ supone una verdadera inspección del tribunal, pero cuyo único fin es *corroborar* la discapacidad⁶⁹. Así también lo ha entendido la jurisprudencia, que ha señalado:

“...en el evento de optarse por esta vía para obtener se decrete la interdicción por demencia de una persona y no por el pleito contencioso, el tribunal deberá limitarse constatar el cumplimiento de las exigencias legales sobre la base de los antecedentes que se le hagan valer y efectuar las declaraciones que corresponda.”⁷⁰

Cabe destacar que estos son los únicos dos procedimientos de interdicción por demencia que establece la ley, pero no son las únicas formas de ejercer la guarda de una PcDICPS. En efecto, es preciso recordar las vías de hecho que ya hemos señalado: i) la guarda interina del artículo 371 del Código Civil; ii) las guardas “de hecho” de los artículos 457 y 458 del mismo cuerpo normativo; y iii) la curaduría provisoria del artículo 18bis de la Ley 18.600.

2. Titularidad activa

2.1 La amplia titularidad activa de la interdicción por demencia contenciosa

El artículo 459 estipula quienes podrán provocar el juicio interdicción por demencia, remitiéndose a la titularidad activa para la interdicción del disipador, contenida en el artículo 443. Es decir: i) el cónyuge no separado judicialmente del supuesto disipador; ii) cualquiera de sus consanguíneos hasta en el cuarto grado; y iii) por el defensor público.

Sin embargo, agrega el inciso tercero: *“Pero si la locura fuere furiosa, o si el loco causare notable incomodidad a los habitantes, podrá también el procurador de ciudad o cualquiera del pueblo provocar la interdicción”*.

⁶⁸ Este es un trámite esencial en el procedimiento voluntario de interdicción, según establece el artículo 4 inciso segundo de la Ley 18.600.

⁶⁹ LÓPEZ DÍAZ, *Op. Cit.*, pp. 685.

⁷⁰ Corte de Apelaciones de Santiago, sentencia de 2 de abril de 2014, Rol N° 7238-2013.

De esta forma se amplía la titularidad activa para solicitar la declaración de interdicción por demencia. En concreto, podrán pedirla: iv) el procurador de la ciudad; y v) cualquier habitante del pueblo. En ambos casos se deberá cumplir el presupuesto fáctico extremadamente vago que establece la norma, es decir, solo podrá ser solicitada por el procurador de la ciudad o sus habitantes en casos de *locura furiosa* o *notable incomodidad* causada a los conciudadanos.

Estimo que aquí de nuevo se puede observar una vulneración grave y patente a las garantías fundamentales de las PcDICPS. En lo concreto, el artículo citado permite “una suerte de acción pública”⁷¹, que faculta a cualquier persona a solicitar la declaración de interdicción por demencia de otra. Ello implica una serie de problemas:

Llama la atención la subsistencia de una voz tan anacrónica y peyorativa como la de “loco furioso”, en particular si ella supone un caso excepcional para ampliar la legitimación activa de la acción que solicita la declaración de interdicción. El término no supone ningún criterio legalmente definido u objetivamente apreciable, lo que una vez más constituye una textura abierta ante la cual se puede inmiscuir la arbitrariedad del juez.

Además el concepto de “loco furioso” está en absoluto desuso por parte de las ciencias psiquiátricas, precisamente por su carga social y su poca especificidad. La apreciación por parte del Derecho de este tipo de casos se debe hacer siempre desde los conocimientos científicos y de acuerdo a criterios que se condigan con la realidad actual y los tratados internacionales sobre DD.HH. vigentes.

Por último, se manifiesta una discriminación evidente hacia las PcDICPS. Ello porque, como se señaló al principio, se habilita a cualquier persona a tener- legítimamente- la facultad de pedir que la voluntad de otra se declare inexistente. Ello por el solo hecho de haberse incomodado con su comportamiento, situación que está absolutamente abierta a apreciaciones personales. De esta forma, la posibilidad de suprimir el ejercicio de la capacidad jurídica de una persona queda sujeta, en teoría, al arbitrio de cualquiera.

⁷¹ SILVA BARROILHET, *Op. Cit.*, p. 147.

2.2 Titularidad activa- y prelación- en el procedimiento voluntario de interdicción

El artículo 4 inciso segundo de la Ley 18.600 establece quiénes pueden solicitar este tipo de interdicción. A diferencia del artículo 459 (en relación con el 443) del Código Civil, no hay una enumeración taxativa. Señala la norma que podrá solicitar la interdicción el padre o la madre y, en caso de que ejerzan el cuidado en conjunto, podrá la curaduría ser deferida a ambos. Continúa disponiendo que, en caso de ausencia o impedimento de los padres, la interdicción podrá ser solicitada por los parientes más cercanos, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 18bis, que consagra la curaduría provisoria.

Vale destacar que no se hace mención a alguna limitación de grados de parentesco para el ejercicio de la guarda, por lo cual ésta podrá ser ejercida por cualquier pariente, mientras sea el o la más cercano/a. Ello constituye una suerte de prelación de la titularidad activa para el procedimiento de la Ley 18.600.

3. Prelación para el nombramiento del curador de la PcDICPS en un juicio de interdicción

El artículo 462 del Código Civil establece un orden de prelación para el caso de la guarda legítima⁷² de la PcDICPS:

“Se deferirá la curaduría del demente:

1º. A su cónyuge no separado judicialmente, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 503;

2º. A sus descendientes;

3º. A sus ascendientes, pero el padre o madre cuya paternidad o maternidad haya sido determinada judicialmente contra su oposición o que esté casado con un tercero no podrá ejercer el cargo;

⁷² Este orden de prelación es aplicable únicamente cuando tenga lugar la guarda legítima, faltando designación testamentaria. Recordar que la persona llamada a ejercer la guarda por testamento tendrá preferencia para asumir el cargo. Cuando ninguna de estas personas pueda ejercer la curaduría, tendrá lugar la guarda dativa.

4º. A sus hermanos, y

5º. A otros colaterales hasta en el cuarto grado”.

Agrega el inciso siguiente que el juez determinará la persona o personas más idóneas para el ejercicio del cargo cuando exista más de una opción en las categorías N° 2, 3, 4 y 5.

Se suscita la pregunta de si este orden de prelación es aplicable sólo al nombramiento del guardador provocado por un juicio contencioso de interdicción, o si también podría ser aplicable ante una solicitud de procedimiento voluntario según la Ley 18.600. Recordemos que el inciso segundo del artículo 4 de dicha Ley establece por sí mismo un orden de prelación para efectuar la solicitud, cuya pretensión será obtener la guarda de la PcDICPS.

4. Sustanciación contenciosa o no contenciosa

La tramitación que se le dé al procedimiento dependerá de la vía por la que se inicie: si se hace como una solicitud voluntaria que acompaña la certificación vigente e inscrita en el Registro Nacional de Discapacidad, se le dará la tramitación de la Ley 18.600. Si se hace por medio de una demanda, se le dará tramitación contenciosa.

La diferencia entre una y otra radica en las normas procedimentales que serán aplicables en cada caso. Cuando se provoque un juicio de interdicción propiamente tal, es decir, por medio de una demanda, el procedimiento se sustanciará- en principio⁷³- según las reglas del juicio ordinario del Libro II del Código de Procedimiento Civil.

Este no es un mandato absoluto, pero se deduce a partir de: i) la falta de una norma que ordene sustanciación especial o sumaria de forma expresa; y ii) la redacción de ciertos artículos, como por ejemplo el artículo 460, según el cual el juez *debe informarse* de la conducta habitual y vida anterior de la PcDICP, lo que hace inferir la necesidad de un juicio de lato conocimiento. Ahora bien, esto podría variar en caso de que el procedimiento se haya

⁷³ Podrá el juez ordenar la sustanciación contenciosa según las reglas del procedimiento sumario, aunque ello no esté expresamente permitido por la ley, como veremos a continuación.

iniciado como voluntario, acompañando la certificación inscrita en el RND (Registro Nacional de la Discapacidad). A continuación explicaré porqué.

El Código de Procedimiento Civil señala que cuando el procedimiento haya iniciado como voluntario y exista oposición de legítimo contradictor⁷⁴, operará una sustitución del procedimiento y se le dará tramitación contenciosa⁷⁵. Lo interesante es que, en el caso analizado se ordenó sustitución del procedimiento según las reglas del juicio sumario⁷⁶. Asumo que ello se debe a que la Corte Suprema estimó que la discapacidad ya se encontraba acreditada por la inscripción del certificado- emitido por la COMPIN- en el RND.

En el caso mencionado, la conviviente de hecho del presunto demente se había opuesto a la pretensión de la parte solicitante. En primera instancia se le reconoció la calidad de parte, pero como tercero coadyuvante. En su fallo sobre recurso de casación en el fondo, la Corte Suprema reflexiona en torno al concepto de los terceros coadyuvantes y la sustitución del procedimiento por uno contencioso, señalando en su Considerando Sexto:

“Desde este punto de vista se denomina coadyuvante a la persona que interviene en el proceso velando por sus intereses legítimos pero en una posición subordinada a una de las partes principales a la que ayuda de forma instrumental, adhiriéndose a sus pretensiones y sin poder actuar con autonomía respecto de ella. En el mismo sentido se puede señalar que se denomina así al tercero que por ser titular de un derecho conexo o dependiente con respecto a las pretensiones articuladas en el proceso, participa en éste con el objeto de colaborar en la gestión procesal de una de las partes. Se trata de una intervención adhesiva simple de un tercero que no posee el carácter autónomo en el proceso, pues su legitimación para tomar intervención en

⁷⁴ Por legítimo contradictor entenderemos a aquella persona que tiene “derecho” a oponerse a la solicitud voluntaria. En concreto, se trata de una cuestión de legitimación activa y prelación para el ejercicio de la guarda. Si, por ejemplo, un hijo o hija solicita la interdicción mediante un procedimiento voluntario y la PcDICPS está casada, podrá el cónyuge de la persona discapacitada oponerse, y dicha oposición será legítima.

⁷⁵ Artículo 823 CPC: *Si a la solicitud presentada se hace oposición por legítimo contradictor, se hará contencioso el negocio y se sujetará a los trámites del juicio que corresponda. Si la oposición se hace por quien no tiene derecho, el tribunal, desestimándola de plano, dictará resolución sobre el negocio principal.*

⁷⁶ Corte Suprema, sentencia de oficio de casación en el fondo de 17 de diciembre de 2015, Rol de ingreso Nº 27322-2014.

dicho proceso es de naturaleza subordinada o dependiente respecto de la parte con la cual coopera o colabora.”⁷⁷

Es decir, corresponderá reformular el procedimiento como uno contencioso ante la oposición de un tercero, pero no considerarlo un tercero coadyuvante, cuya pretensión siempre debe adherir a alguna de las pretensiones principales. Esto reviste una gran importancia procedimental, toda vez que el Tribunal de primera instancia falló en sustituir el procedimiento, lo que habría provocado- de no ser revocado- que un procedimiento verdaderamente contencioso se tramitara como una gestión voluntaria.

5. Efectos de la interdicción según el procedimiento tramitado

El efecto de fondo es el mismo para ambos procedimientos, es decir, declarar la interdicción- y la consecuente incapacidad absoluta- de una persona por estar “demente”. Sin embargo, la Ley 18.600 considera algunas excepciones importantes a la sustitución absoluta de voluntad, reconociendo cierta libertad de ejercicio en la capacidad jurídica de las PcDICPS. Ello no implica que esta ley- o su cuestionable procedimiento- establezcan un tercer tipo de incapacidad o creen una especie de guarda nueva. Se trata de consideraciones muy específicas que- estimo- en ningún caso logran sanear las tremendas falencias de la Ley 18.600.

Como hemos mencionado- ya varias veces- los juicios de interdicción por demencia suponen como efecto principal la sustitución absoluta de la voluntad de las PCDICPS. En lo concreto quedan privadas de cualquier tipo de capacidad para ejercer derechos o contraer obligaciones, tanto patrimoniales como extrapatrimoniales⁷⁸. En concreto, lo anterior implica que todos los actos y contratos celebrados después de declarada la interdicción son nulos de nulidad absoluta. Las consecuencias son transversales a la clase de acto o contrato del que se trate y se traducen en múltiples y graves limitaciones.

⁷⁷ *Ídem*, Rol de ingreso N° 27322-2014.

⁷⁸ SILVA BARROILHET, *Op. Cit.*, p. 161.

Para mencionar sólo algunos ejemplos, las PcDICPS cuya interdicción haya sido declarada **no podrán** repudiar la paternidad reconocida⁷⁹, ejercer la patria potestad⁸⁰, ser guardadores⁸¹, poseer⁸², testar⁸³, ser testigos de testamentos⁸⁴ o ser responsables⁸⁵ de delitos o cuasidelitos.⁸⁶

Las excepciones que reconoce la Ley 18.600 en el ejercicio de la capacidad jurídica de las PcDICPS están contenidas en los artículos 440 y 453 del Código Civil, además de una permisión especial de la Ley 18.600, contenida en la parte final de su artículo 4. El artículo 440 permite que el guardador de la PcDICPS confíe al pupilo la administración de alguna parte de su patrimonio.

Por su parte, el artículo 453 obliga al juez a fijar una suma de dinero de libre disposición para el pupilo. Sin embargo el artículo 4 inciso segundo de la Ley 18.600 estipula claramente que podrá ser el curador quien fije la suma, prudencialmente. Estimo que, en torno al principio de especialidad de la ley, esta última opción debiera primar, estrictamente hablando. Sin embargo, parece bastante injusto que la determinación del dinero que recibe el pupilo- o si recibe dinero en lo absoluto- quede relegada al curador. En este sentido, la solución del artículo 453 parece mucho más apropiada.

La última excepción- y la más destacable e importante para las PcDICPS- es la posibilidad que otorga la parte final del inciso segundo del artículo 4 de la Ley 18.600, que les permite suscribir contratos de trabajo, con autorización de sus guardadores. No está de más señalar que celebrar dicho contrato no está permitido cuando la interdicción se haya provocado por un juicio contencioso de interdicción.

⁷⁹ Artículo 191 del Código Civil.

⁸⁰ Artículo 267 del Código Civil.

⁸¹ Artículo 497 del Código Civil.

⁸² Artículo 723 del Código Civil.

⁸³ Artículo 1005 del Código Civil.

⁸⁴ Artículo 1012 del Código Civil.

⁸⁵ Artículo 2319 del Código Civil.

⁸⁶ SILVA BARROILHET, *Op. Cit.*, pp. 161-162.

IV. ALGUNAS LIMITACIONES QUE SE DERIVAN DEL ESTATUTO ACTUAL⁸⁷

Habiéndose analizado el concepto, las clasificaciones, el objeto y la naturaleza de las guardas, además de los procedimientos de interdicción, me parece atinente repasar algunas de las limitaciones a que se ven sometidas las personas en situación de discapacidad intelectual, cognitiva y/o psicosocial.

Si bien parte importante de la discriminación la sufren fuera de lo jurídico, debido a los prejuicios y estigmas que se les atribuyen, es la dimensión del Derecho la que nos convoca, por lo que se mencionarán vulneraciones permitidas o incentivadas por la Ley, la Constitución y las normas administrativas. Lo cierto es que no se puede comprender a cabalidad lo atentatorio que resulta el estatuto actual de guardas e interdicciones, a menos que se tenga alguna noción de las consecuencias que trae consigo.

Me parece que, además, estas situaciones se deben tener en cuenta al momento de estudiar una nueva legislación que avance hacia el reconocimiento de la capacidad jurídica de las personas en situación de discapacidad intelectual, cognitiva y/o psicosocial. Podría suceder que el énfasis se ponga sobre la constitución de la forma de cuidado, más que sobre el ejercicio adecuado y sostenible de una capacidad cuya existencia resulta incuestionable. Creo que aquí aparece un punto fundamental y complejo para la discusión: el difuso límite que existe entre un Estado paternalista y limitante; y entre un Estado que reduzca el asunto a una esfera puramente privada y contractual⁸⁸.

⁸⁷ Para la esquematización del contenido de este Capítulo, se ha utilizado como modelo la estructura y enunciación normativa del Informe preparado por la Fundación Isabel Aninat el año 2017. (Véase *“Hacia un sistema nacional de promoción de la vida independiente y la inclusión en la comunidad para personas con discapacidad intelectual, cognitiva y psicosocial: Aportes del ciclo sobre capacidad jurídica”*. Este Informe fue escrito en 2017 por los profesores Nicolás Espejo y Fabiola Lathrop, con la colaboración de la abogada Paz Aravena, en virtud del CONVENIO VIDAUTÓNOMA celebrado entre la Fundación Aninat y la Universidad de Chile. Disponible en: vidautonoma.cl/wp-content/uploads/2017/12/documento-capacidad-juridica-VF.pdf. Fecha de consulta: 14 de mayo de 2018., pp. 28-33).

⁸⁸ Estas dos acepciones se asemejan- hasta cierto punto- a la distinción que hace Bach, basándose en las nociones de libertad positiva y negativa de Isaiah Berlin, sobre la forma en la que el Estado pueda mejorar y asegurar una protección efectiva de los intereses de las personas. La libertad negativa implica nula o poca intromisión del Estado, que solo intervendrá cuando se estimule su actividad (la solicitud de interdicción o de nulidad de un contrato, por ejemplo). Por otro lado, la libertad positiva supone que el Estado tomará medidas activas para

a) Derechos políticos y servicio público

Las personas en situación de discapacidad intelectual, cognitiva y/o psicosocial se ven sometidas a diversas vulneraciones basadas en la incapacidad que se les atribuye. Sin embargo, uno de los ejemplos más patentes del desconocimiento de su voluntad se encuentra en la limitación constitucionalmente consagrada y contenida en el artículo 16 nº1 de la Carta Fundamental, que suspende el derecho a sufragio por interdicción en caso de demencia. Si bien la norma establece una suspensión, en la gran mayoría de los casos de interdicción la declaración es definitiva. En la práctica, ello implica una pérdida permanente de este derecho fundamental.

Aun no estando interdicta la persona, es posible que el ejercicio del derecho a sufragio se vea arbitrariamente impedido por el presidente de la Mesa Receptora, previa consulta con el resto de los vocales, según dispone el artículo 61 inciso tercero de la Ley Orgánica Constitucional sobre Votaciones Populares y Escrutinios. Con respecto a la posibilidad de ejercer el cargo de Vocales de Mesa, no existe una prohibición per se, pero se estima como la quinta causal para excusarse de realizar la función, en el artículo 44 de la misma ley. Además, el artículo 57 inciso 4 dispone que, en caso de que no se hayan integrado las mesas con el mínimo de tres Vocales para funcionar, el delegado de la Mesa procederá a designar a los reemplazantes, excluyendo de forma expresa a las personas discapacitadas⁸⁹.

De la suspensión del derecho a sufragio ya mencionada, se colige otra serie de limitaciones para la vida en el servicio público, como por ejemplo:

- Imposibilidad de ser elegida/o Presidenta/e de la República⁹⁰
- Imposibilidad de ser elegido/a como Senador/a o Diputado/a⁹¹

asegurar los derechos de ciertas personas. (Véase BACH, Michael & KERZNER, Lana. *A New Paradigm for Protecting Autonomy and the Right to Legal Capacity*. Prepared for the Law Commission of Ontario, 2010, pp. 38-43).

⁸⁹ Al no hacer distinción, esta exclusión opera tanto para personas en situación de discapacidad intelectual, cognitiva y/o psicosocial, como para personas con discapacidad física.

⁹⁰ Artículo 25 inciso primero de la Constitución Política de la República.

⁹¹ Artículos 48 y 50 de la Constitución Política de la República.

- Imposibilidad de ser Juez⁹²
- Imposibilidad de ser Notario⁹³

Formalmente hablando, las prohibiciones recién mencionadas son aplicables a aquellas personas en situación de discapacidad que se encuentren declaradas interdictas por demencia. Ello se deriva del requisito de tener derecho a sufragio, para el caso de ejercer como Senador/a o Diputado/a, o de la letra expresa que establece la interdicción como requisito, para el caso de Jueces y Notarios.

b) Integridad física y psíquica en la atención de salud

Una de las transgresiones más graves y menos conocidas hacia la dignidad e integridad de las personas en situación de discapacidad intelectual, cognitiva y/o psicosocial se configura por la posibilidad, amparada por el derecho positivo, de forzar a una PcDICPS a recibir tratamientos médicos contra su voluntad.

En primer lugar, el artículo 24 de la Ley 20.584 permite que se les realicen procedimientos invasivos e irreversibles a las personas en situación de discapacidad intelectual que no puedan manifestar su voluntad⁹⁴. En la disposición se mencionan expresamente la esterilización y la psicocirugía. La enunciación de los procedimientos que se hace en la norma no es taxativa, permitiendo- virtualmente- la realización de cualquier procedimiento de estas características.

Sumado a esto, el Reglamento para la Internación de las Personas con Enfermedades Mentales y Sobre los Establecimientos que la Proporcionan, aprobado por el Decreto N° 570 de 1998 estipula en su artículo 24 que se podrán realizar- sin el consentimiento de el/la paciente- los siguientes procedimientos:

⁹² Artículo 256 n°1 del Código Orgánico de Tribunales.

⁹³ Artículo 465 n°1 del Código Orgánico de Tribunales.

⁹⁴ Creo que- en otro análisis- sería pertinente profundizar sobre el alcance de la voz "...si la persona no se encuentra en condiciones de manifestar su voluntad...". En concreto, porque no me parece que quede claro si la situación se refiere a casos en que la imposibilidad de manifestar la voluntad se deba a un estado de inconsciencia o si se asume que personas en ciertas situaciones de discapacidad intelectual no son aptas para manifestar su voluntad. Aun asumiendo que se trate de casos en que un estado de inconsciencia impida conocer la voluntad, me parece que la subsistencia de esta norma es gravísima, puesto que dicho estado podría no ser permanente, de modo que no se justifica la sustitución de voluntad por la de un comité de ética. Al no hacer una distinción, se trata de una disposición de textura abierta susceptible de interpretaciones arbitrarias

- Terapia electroconvulsivante, cada serie de una o más aplicaciones.
- Administración de medicamentos que siendo necesarios, produzcan efectos colaterales previamente experimentados como difícilmente tolerables por el paciente y/o modificaciones de su comportamiento o rendimiento que le signifiquen desventajas.
- Tratamientos aversivos⁹⁵ destinados a la modificación de conductas.

Según dispone el artículo 25 del Reglamento en cuestión, para proceder a realizar estos tratamientos, el médico tratante sólo deberá ratificar su decisión con el consentimiento de alguna de las personas enumeradas en la primera parte del artículo 24⁹⁶. Esto implica un atropello evidente a los principios de vida independiente y pleno ejercicio de los derechos de las personas en situación de DICPS, consagrados en la CDPD.

Creo que- en este punto- resulta interesante citar parte de la norma: *“Los siguientes tratamientos requerirán siempre de un consentimiento específicamente referido a ellos, otorgado por el paciente o, cuando corresponda, por la persona con el carácter de apoderado a que se refiere el artículo 16 o, en su defecto, de una segunda opinión psiquiátrica que ratifique la indicación clínica...”*.

El referido artículo 16 se refiere al contenido mínimo para registrar la internación de el/la paciente e indica que se deberá individualizar al representante legal- si lo hay- y/o al apoderado del tratamiento. Me llama la atención que el artículo 24 utilice la voz “cuando corresponda” para referirse a las situaciones en que se prescindirá del consentimiento de el/la paciente. No se especifica si “corresponderá” cuando el paciente no pueda manifestarse en lo absoluto, o si procederá sustituir el consentimiento siempre que el paciente tenga un representante legal (como ocurre en el caso de las PcDICPS que se encuentran interdictas).

⁹⁵ Atendiendo a la definición de aversión como “rechazo o repugnancia frente a alguien o algo”, se subentiende que esta última posibilidad supone una textura abierta en la norma, que permite la realización de- básicamente- cualquier tratamiento, por muy desagradable que pueda resultar para el/la paciente.

⁹⁶ Se establece que se considerará la opinión del paciente pero que, “cuando corresponda”, se obtendrá el consentimiento del apoderado para el tratamiento. A falta de dicho representante, bastará una segunda opinión psiquiátrica.

Una posible interpretación del uso de esta letra, es que cuando exista un representante legal- es decir en todos aquellos casos en que la persona del paciente esté declarada interdicta- se obviará la voluntad de ésta. Estimo que ello vulneraría lo dispuesto en el artículo 14 de la Ley 20.584, que entrega a toda persona el derecho a otorgar o denegar su voluntad para cualquier procedimiento que se refiera a su salud⁹⁷. Sin embargo, el mismo cuerpo normativo dicta en su artículo 2 que *“La atención que se proporcione a las personas con discapacidad física o mental y a aquellas que se encuentren privadas de libertad, deberá regirse por las normas que dicte el Ministerio de Salud, para asegurar que aquella sea oportuna y de igual calidad”*, en cuyo caso lo dispuesto en el Reglamento tendría asidero legal. En este sentido, pareciera que existe una suerte de contradicción normativa dentro de la misma ley.

No obstante lo recién señalado es importante destacar que, en todos estos casos, la Comisión Nacional de Protección de los Derechos de las Personas con Enfermedades Mentales- y sus Comisiones Regionales- supervisarán y revisarán las medidas que se puedan adoptar en torno a personas en situación de discapacidad intelectual. Sin embargo, el artículo 29 de la Ley 20.584, que define las atribuciones de las Comisiones utiliza la nomenclatura de “revisar”, sin establecer de forma expresa que ello pueda implicar una sanción concreta, o la potestad de dar cese al tratamiento específico. La posibilidad de reestablecer el imperio del derecho la establecen los últimos dos incisos del artículo, cuando otorgan el derecho a recurrir de protección en conformidad con lo dispuesto en el artículo 20 de la Constitución. Podrán impetrar el recurso el/la paciente, sus representantes o cualquier persona.

En adición a lo anterior, el artículo 25 del mismo cuerpo legal establece que una persona en situación de discapacidad intelectual, cognitiva y/o psicosocial podrá ser hospitalizada sin su consentimiento, reuniendo una serie de requisitos que se enumeran en el artículo. El requisito contenido en la letra e) de la norma determina que se tenga en consideración el parecer de la persona afectada y que, de no ser ello posible, bastará con el consentimiento de el/la representante legal o el/la apoderado/a para efectos del tratamiento. De no poder

⁹⁷ También contravendría los principios que se consagran de forma expresa en los artículos 1 y 3 de la Ley 20.422, pero al ser la Ley 20.584 posterior, primaría la segunda, en sentido estricto.

obtenerse por ausencia de las personas antes mencionadas, la persona más cercana por relaciones familiares o de hecho podrá consentir para proceder a la hospitalización.

Me parece que la disposición habla por sí sola, pero creo interesante el uso de la voz “tenido en consideración” pues implica que se le consultará a el/la paciente (o su representante legal, o la persona más cercana). Empero ninguna de estas opiniones resultará vinculante para la decisión final. En este sentido me parece que el requisito analizado constituye un “saludo a la bandera”, que no implica una protección concreta de la integridad de las personas en situación de discapacidad intelectual, cognitiva y/o psicosocial.

Con respecto a esta situación, cabe destacar el esfuerzo que se propone materializar el Proyecto de Ley coloquialmente denominado “Agenda Corta de Salud Mental”, que se encuentra en las etapas finales de tramitación legislativa, prevé un control jurisdiccional sobre las internaciones forzosas. En concreto, los artículos 12 a 16 del Proyecto otorgan facultades fiscalizadoras a las Cortes de Apelaciones, tanto para aprobar la internación voluntaria, como para mantener dicha circunstancia cuando existan “motivos fundados”⁹⁸.

c) Relaciones afectivas y familiares

Las personas en situación de discapacidad intelectual, cognitiva y/o psicosocial no pueden contraer matrimonio o celebrar acuerdos de unión civil de forma libre⁹⁹.

En efecto, los números 4 y 5 del artículo 5 de la Ley 19.947 estipulan que no podrán contraer matrimonio quienes se encuentren privados del uso de la razón, o quienes carezcan de suficiente juicio y discernimiento para comprometerse con los derechos y deberes esenciales del matrimonio. Considerando que la disposición citada no utiliza la palabra “interdicción”, esta determinación de la falta de juicio la hará discrecionalmente el Oficial del

⁹⁸ El artículo 12 del Proyecto establece que la Corte de Apelaciones deberá aprobar o denegar la internación en un plazo de tres días desde la notificación de hospitalización, que se deberá hacer en un máximo de un día a partir de la internación. En consecuencia, la Corte deberá pronunciarse sobre la circunstancia en un lapso no mayor a cuatro días de producida la hospitalización. Asimismo, dentro del plazo de cuatro días, la Corte podrá ahondar en el asunto, ordenando informes ampliatorios de los médicos tratantes o designando peritos, cuando ello no interfiera con el tratamiento.

⁹⁹ ESPEJO, Nicolás; LATHROP, Fabiola, *Op. Cit.*, pp. 30-31.

Registro Civil, según establece el artículo 29 del Decreto Nº 673, que Aprueba Normas Reglamentarias Sobre Matrimonio Civil y Registro de Mediadores^{100 101}.

Asimismo, el artículo 7 de la Ley 20.830, que crea el Acuerdo de Unión Civil, dispone que *“Para la validez de este contrato será necesario que los contrayentes sean mayores de edad y tengan la libre administración de sus bienes. No obstante lo anterior, el disipador que se halle en interdicción de administrar lo suyo podrá celebrar, por sí mismo, este acuerdo”*. La redacción de la norma parece confusa, y es que al establecer como requisito de validez que se tenga la libre administración de los bienes, se excluye a las personas interdictas por demencia. Sin embargo, al precisar que el interdicto por disipación sí podrá celebrar el contrato por sí mismo, cabría presumir- a contrario sensu- que el resto de los interdictos podría contraer el Acuerdo por medio de sus representantes.

En este punto me parece interesante hacer una reflexión en torno a la naturaleza contractual del matrimonio y los acuerdos de unión civil. Considerando que importan una convención de naturaleza civil, ¿se podría demandar la nulidad absoluta del matrimonio o el acuerdo en cualquier momento¹⁰², alegando que el contrato se celebró por una persona “demente” y, por ende, absolutamente incapaz? Sabemos que la incapacidad de una persona en situación de DICPS es una cuestión de hecho y que la interdicción sólo implica una alteración en cuanto a la carga de la prueba.

Con respecto a la adopción, cabe mencionar que el artículo 20 inciso primero de la Ley 19.620 contiene los requisitos con que deberán cumplir quienes deseen adoptar, estipulando que *“Podrá otorgarse la adopción a los cónyuges chilenos o extranjeros, con residencia permanente en el país, que tengan dos o más años de matrimonio, que hayan sido evaluados como física, mental, psicológica y moralmente idóneos por alguna de las instituciones a que se refiere el artículo 6º...”*. Si bien no existe norma expresa que impida a las PcDICPS adoptar,

¹⁰⁰ ESPEJO, Nicolás; LATHROP, Fabiola, *Op. Cit.*, p. 31.

¹⁰¹ Resulta discutible si el Decreto citado importa una obligación o una facultad del Oficial del Registro Civil, toda vez que se utiliza la voz “denegará la inscripción”. Me parece que- de la letra de la norma- se puede concluir que el Oficial está llamado a impedir la inscripción respectiva, no solo facultado para ello.

¹⁰² Atendiendo a que se trata de nulidad absoluta, no se admitirá saneamiento antes de 10 años desde celebrado el contrato, por disposición del artículo 1683.

sí existe la posibilidad de que no se obtenga una evaluación favorable por encontrarse en situación de discapacidad.

d) Administración patrimonial y autonomía contractual

En relación a la libertad contractual, creo importante recalcar que- como he mencionado- para las PcDICPS existe una prohibición general de contratar por sí mismas, que se deriva de la atribución del estado de incapacidad que el Estado achaca a estas personas. Antes que enunciar prohibiciones patrimoniales específicas, se ha preferido hacer comentarios jurisprudenciales sobre algunos fallos de la Corte Suprema, referidos a actos patrimoniales¹⁰³.

- Acreditación del estado mental (en particular, cuando la persona cuya demencia se alega se encuentra fallecida)

Con respecto a las inhabilidades para testar enumeradas en el artículo 1005 del Código Civil, se ha estimado¹⁰⁴ que la causal contenida en el número 4 incluye a las PcDICPS, siendo susceptible de anularse un testamento cuando se pruebe fehacientemente el estado de enajenación¹⁰⁵. En esta causa específica se rechazó el recurso de Casación, confirmando así los fallos de instancia que habían rechazado la nulidad del testamento, precisamente porque el estado mental de la persona causante no pudo acreditarse.

Creo que en esta causa también se puede observar cómo se instrumentaliza la demencia y su declaración judicial por medio de la interdicción o de la anulación de actos y contratos. En concreto, la parte demandante y recurrente alega que no se tuvieron en cuenta los medios de prueba presentados en el proceso, que habrían acreditado de forma inequívoca el estado de

¹⁰³ Es importante tener presente que las sentencias que se analizarán se refieren a recursos de Casación, lo que implica que la Corte no revisa los hechos de la causa, sino que la aplicación del derecho. En este sentido, nunca se discute la declaración de incapacidad, salvo que se refiera a una aplicación normativa errónea de las reglas de la prueba.

¹⁰⁴ Causa nº 68724/2016 (Casación). Resolución nº 209113 de Corte Suprema, Sala Primera (Civil) de 10 de Mayo de 2017.

¹⁰⁵ La Corte hace la siguiente reflexión en el Considerando Tercero: *“...el legislador considera incapaz de testar al que “actualmente no estuviere en su sano juicio por ebriedad u otra causa”. En consecuencia, aquí quedan comprendidas todas las personas que al momento de testar, por cualquier motivo, estén privadas de razón o de su sano juicio, lo que naturalmente incluye a los dementes que no estén declarados en interdicción por demencia provisoria o definitiva, como también los sujetos afectados por enfermedades mentales de diferente naturaleza o simplemente los privados del sano juicio por efecto de su avanzada edad o cualquier causa temporal”*.

“enajenación mental” de la causante. Sin embargo, la prueba rendida solo da cuenta del deterioro físico de la causante, producto de su avanzada edad, lo cual no basta para favorecer la pretensión de la parte demandante/recurrente¹⁰⁶.

Otro fallo, también sobre nulidad de cesión de derechos, sigue una línea similar¹⁰⁷ ya que establece un estándar de prueba bastante alto para que se haga una declaración de nulidad por “enajenación mental” de una de las partes, que al momento del juicio ha fallecido. Dejando de lado la nomenclatura peyorativa, me parece rescatable el razonamiento de la Corte, ya que este y otros fallos dan a entender que el criterio para declarar la nulidad o la demencia de una persona *post mortem* es bastante estricto, a diferencia del que se aplica cuando las personas solicitan la interdicción por demencia en vida, en el que resulta bastante simple obtener la declaración de interdicción, en especial si se refiere al procedimiento voluntario de la Ley 18.600¹⁰⁸.

En todo caso, la Corte Suprema se rehúsa a referirse a la prueba y su valoración, debido a que la casación en el fondo no tiene como objeto revisar los hechos de la causa. De todas formas, el máximo tribunal justifica y apoya el criterio de las dos primeras instancias, que rechazaron la nulidad¹⁰⁹. Rescato el Considerando Duodécimo de la Sentencia, que se refiere a la falta de acreditación del estado mental de la causante. En concreto, se rechaza que una “admisión” de demencia en el escrito de una causa judicial paralela implique prueba cierta de la discapacidad:

“Ese razonamiento derivó de la ponderación que los sentenciadores efectuaron -con ocasión de las facultades que les son propias- de las probanzas aportadas por las partes al pleito, sin que la sola circunstancia de haber reconocido la cedente -a través de su abogado- su supuesta propia demencia pueda restarse valor a lo concluido en este juicio, desde que el

¹⁰⁶ ELORRIAGA DE BONIS, Fabián. *Derecho Sucesorio*, Legal Publishing, 2010, p. 163.

¹⁰⁷ Causa n° 10606/2015 (Casación). Resolución n° 184767 de Corte Suprema, Sala Primera (Civil) de 31 de Marzo de 2016.

¹⁰⁸ Artículo 4 inciso segundo de la Ley 18.600 (ver páginas 47 y siguientes de este trabajo).

¹⁰⁹ La doctrina también apoya el estándar estricto para la prueba del estado mental de una persona con respecto a la nulidad de un acto o contrato celebrado con anterioridad (véase CLARO SOLAR, Luis. *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado, Tomo V, De las personas*, 1979, p. 146).

sustento de la pretensión del actor requiere más que una simple aseveración efectuada por quien se dice encontrarse privada de razón, en tanto dicho diagnóstico necesariamente debe ser producto de un dictamen médico emitido con conocimiento de causa, de modo que permita concluir la ausencia de voluntad con carácter de permanente a la fecha de la suscripción de las cesiones de que se trata".

En este mismo sentido, existe un fallo que hace hincapié en que- si la prueba consiste de instrumentos privados emanados por terceros ajenos al juicio- ellos carecen de valor probatorio para acreditar la demencia¹¹⁰.

- Suspensión de la prescripción en favor de la persona en situación de DICPS

En el caso a comentar¹¹¹ se discute la prescripción de una acción de responsabilidad civil extracontractual con indemnización de perjuicios, y la suspensión de la prescripción, a favor de una persona en situación de DICPS.

El demandante- y recurrente- solicita que se tenga por suspendido el plazo de prescripción de la acción de indemnización. Alega que en el año 2007 su madre sufrió un accidente en un bus de la compañía demandada solidariamente, que le provocó lesiones cerebrales que ocasionaron un estado de discapacidad intelectual/cognitiva. En este sentido, sostiene que los tribunales de instancia erraron al acoger la excepción de prescripción opuesta por la empresa demandada solidariamente, ya que el beneficio de la suspensión debió haber operado en favor de su madre, toda vez que la situación de discapacidad es patente desde el día del accidente, pese a que la declaración de interdicción se produjo con posterioridad, en el año 2012. La parte recurrente alega que, tanto en primera como en segunda instancia, la judicatura ignoró la institución de la suspensión.

Empero, la Corte señala que la suspensión no puede operar, porque: i) aunque de la lectura de los arts. 2509, 2520, 2523 y 2524 se desprende que la suspensión opera en favor de

¹¹⁰ Causa nº 15572/2015 (Casación). Resolución nº 167376 de Corte Suprema, Sala Primera (Civil) de 22 de Marzo de 2016.

¹¹¹ Causa nº 101758/2016 (Casación). Resolución nº 318014 de Corte Suprema, Sala Primera (Civil) de 21 de Junio de 2017.

los dementes, dicha suspensión sólo podría haber tenido lugar en el evento de que, al momento de solicitarse la interdicción, estuviese pendiente el plazo para impetrar la acción de indemnización, que en el caso ya estaba prescrita a la fecha del inicio del procedimiento de interdicción; y ii) porque aunque la solicitud se hubiese efectuado dentro del plazo de la acción, la de 4 años de la indemnizatoria en particular es de corto tiempo, por lo que no se suspende. La Corte fundamenta su razonamiento en el art. 2332 del CC¹¹², en relación con el artículo 2524¹¹³.

Los sentenciadores estiman que, de la concordancia de ambos artículos, se extrae que el Título respectivo determina que la acción indemnizatoria es de corto tiempo por la referencia expresa que se advierte en el artículo 2332. Sin embargo, creo que la Sala yerra en extender la imposibilidad de suspensión para el caso de la acción indemnizatoria. Si bien se trata de una prescripción de corto tiempo, la lectura del artículo 2524 establece de forma bastante clara que las acciones de corto tiempo que nacen de ciertos *actos o contratos* son aquellas que corren contra toda persona. Me parece que la norma no hace extensible la imposibilidad de suspender a una acción que nazca de un delito o cuasidelito como sucede con la acción de indemnización por responsabilidad civil extracontractual¹¹⁴. En efecto, el Código usa numerosas veces la nomenclatura “actos y contratos” para referirse a actos jurídicos unilaterales (o bilaterales que no supongan un contrato) y a los contratos. Encuentro que la interpretación de la Corte es demasiado amplia. No me parece que extender la imposibilidad de suspender la prescripción, en este caso, sea lo más acorde a Derecho, considerando que resulta evidente que la madre del actor no podía, de forma idónea, hacer valer sus derechos mientras no se hubiese designado un curador. Concuero con el voto disidente del Ministro Silva Gundelach, que estuvo por acoger el recurso de casación en el fondo:

¹¹² Artículo 2332: *Las acciones que concede este título por daño o dolo, prescriben en cuatro años contados desde la perpetración del acto.*

¹¹³ Artículo 2524: *Las prescripciones de corto tiempo a que están sujetas las acciones especiales que nacen de ciertos actos o contratos, se mencionan en los títulos respectivos, y corren también contra toda persona; salvo que expresamente se establezca otra regla.*

¹¹⁴ Considerando Quinto del voto disidente del Ministro Sr. Silva Gundelach.

“Por lo mismo, igualmente, si se acredita que estaba demente en una situación como la que se estudia, con anterioridad a su interdicción, y se estima que el plazo de prescripción del artículo 2332 se suspende, el término de ella no puede comenzarse a contar con anterioridad a la poca en que se le nombró curador y éste estuvo en condiciones de demandar por ella”¹¹⁵.

Es decir, considerando que la “demencia” es una cuestión de hecho y que la norma del artículo 2509 no señala que se suspende para los interdictos por demencia, sino que en favor de los dementes, no se puede hacer más que concluir que no es razonablemente exigible accionar de perjuicios mientras no exista un curador. Además la prescripción extintiva tiende a la certeza y seguridad jurídica, pero además importa una suerte de reproche para aquel que no ejerció oportunamente la acción. Pero es previendo casos como el de la madre del actor que el legislador establece la excepción de la suspensión, para no dejar en indefensión a aquellos que no pueden accionar oportunamente. Por último, la suspensión es una institución excepcional, por lo que sus normas deben ser interpretadas restrictivamente.

- **Imposibilidad de constituir sociedades comerciales**

Aunque escapa del ámbito estrictamente civil, me parece interesante analizar someramente el fallo¹¹⁶, en que se recurre de Casación por una mujer (curadora de su hermana, declarada interdicta de forma definitiva) que había iniciado una gestión voluntaria por la cual solicitó autorización judicial para celebrar un contrato de sociedad de responsabilidad limitada, en nombre de su hermana. El contrato, que suscribirían ellas y los demás hermanos con aportes de casi 500 millones de pesos, incluía inmuebles que la comunidad hereditaria había recibido de sus padres. En concreto, este fallo pone de manifiesto una de las tantas restricciones que se les imponen a las personas en situación de discapacidad intelectual, cognitiva y/o psicosocial. Citando el fallo de segunda instancia (C.A. de Valparaíso) en el Considerando Cuarto:

¹¹⁵ Considerando Primero del voto disidente del Ministro Sr. Silva Gundelach.

¹¹⁶ Causa nº 92924/2016 (Casación). Resolución nº 11 de Corte Suprema, Sala Cuarta (Mixta) de 2 de Enero de 2018.

“Los juzgadores desestimaron la pretensión porque, basados en el artículo 349 del Código de Comercio, concluyeron que el ordenamiento jurídico no concibe la posibilidad que un incapaz celebre un contrato de sociedad, manifestando sobre el particular que “La omisión ... del legislador mercantil, de formalidades habilitantes relativas al impúber, al disipador, al sordo mudo ... y al demente, no puede significar otra cosa que, una intención manifiesta de excluir a estos incapaces de la posibilidad de pactar contrato de sociedad”, pues ésta se encuentra “reservada a quienes tienen la plena responsabilidad por sus actos...”, en quienes “las aventuras y especulaciones del comercio no comprometen sino su propio patrimonio. Pero no aparece conforme al espíritu con que la legislación ha considerado la situación de los incapaces, el que éstos pudieran ser arrastrados a especulaciones riesgosas y temerarias por la sola determinación de sus guardadores, entendiéndose que su inspiración obedece al resguardo del patrimonio de aquéllos”.

Aunque lo hacen ver como una suerte de protección de los intereses de las personas en situación de discapacidad, me parece que la limitación es bastante arbitraria. El ordenamiento jurídico no tiene ningún problema en hacer responsables a las PcDICPS en otros casos, por lo que limitar su libertad contractual bajo el argumento de la protección de sus intereses es antojadizo.

- **Inversión en la carga de la prueba y obligación de acreditar que la parte suscribió el acto o contrato en un momento de lucidez**

Esta sentencia recae sobre una causa de nulidad de contrato de cesión de derechos hereditarios, que fue rechazada en primera instancia y acogida por la Corte de Apelaciones de Antofagasta¹¹⁷. El fallo de segunda instancia estima que el contrato es anulable debido a que la parte demandante habría logrado acreditar un estado de demencia previo a la celebración del contrato y, aunque existían intervalos lúcidos, ello implicaba que a la parte demandada le correspondía acreditar que la celebración del contrato había tenido lugar durante un lapso de lucidez.

¹¹⁷ Causa nº 9245/2017 (Casación). Resolución nº 15 de Corte Suprema, Sala Primera (Civil) de 19 de Octubre de 2017.

La parte demandada recurre de Casación en el Fondo, argumentando que la sentencia de alzada implicaría una inversión en la carga de la prueba, que vulneraría lo dispuesto en el artículo 1698 del Código Civil, en relación con el artículo 465 (Considerando Primero). Coincido con la argumentación de la parte recurrente ya que, si volvemos a los fallos recién analizados, la prueba de un estado de demencia pasado es extremadamente estricta. La acreditación debe ser al momento de la celebración u otorgamiento del contrato o del acto. Esta inversión en la carga de la prueba influye sustancialmente en lo fallado por el Tribunal de segunda instancia.

Me parece importante destacar el Considerando Sexto del fallo que se pronuncia sobre algo que me parece importante para establecer la relevancia de la jurisprudencia analizada, además de constituir el motivo principal para rechazar la Casación comentada. Si bien es cierto que analizar fallos de la Corte Suprema devela más clara y unificadamente el criterio y las tendencias de nuestra judicatura, me parece que se debe reiterar esta salvedad: Los recursos de Casación, que constituyen la mayoría de los fallos analizados en esta Memoria, no discuten cuestiones de hecho en relación al juicio¹¹⁸. En consecuencia, esta jurisprudencia sirve para dar luces sobre cómo se aplica el estatuto jurídico de la incapacidad absoluta, pero no para cuestionar la forma en que las incapacidades se determinan judicialmente.

¹¹⁸ El Considerando Sexto del fallo en comento recalca “*Que, por lo mismo, si el fallo impugnado resolvió que al tiempo de celebrar el acto estaba demente la cedente y por lo cual fue declarada nula la cesión y sin que se hubiesen infringido las normas reguladoras de la prueba, quiere decir que no le corresponde a esta Corte entrar en discernir sobre tal situación, por ser una cuestión de hecho que escapa a sus funciones*”.

V. HACIA UNA NUEVA REGULACIÓN

Los esfuerzos por avanzar hacia una legislación que elimine la incapacidad jurídica de las PcDICPS y reconozca su autonomía, además de derogar algunas de las normas cuya letra resulta peyorativa, se han materializado en la Moción N° 12441-17, que modifica diversos textos legales con el objeto de eliminar la discriminación en contra de personas con discapacidad intelectual, cognitiva y psicosocial, y consagrar su derecho a la autonomía. La Moción fue presentada en la Cámara de Diputados el 5 de marzo de 2019.

En este punto me parece necesario volver a la distinción que se introdujo en la nota al pie n° 80 de este documento¹¹⁹. Creo que la estructuración de un nuevo estatuto debe suponer reducir la discusión a cuál paradigma de la libertad resulta más conveniente adoptar:

- I) una **perspectiva negativa**, con un Estado que se mantiene al margen de pronunciarse sobre cómo se ejercerá la capacidad de una persona, a menos que un particular promueva la actividad estatal¹²⁰. Para evitar intromisiones estatales innecesarias, el legislador define quiénes no son capaces y cómo se procederá en aquellos casos, no definiendo las directrices de una “buena vida” para ciertas personas¹²¹. Como se verá, la conclusión es que- aunque la Moción se propone avances significativos en el reconocimiento de la autonomía de las personas en situación de DICPS- subsiste el paradigma negativo de la libertad. El plan de apoyos planteado obedece a una lógica contractual susceptible de abusos patrimoniales similares a los que hoy sufren las personas en situación de discapacidad intelectual¹²².

¹¹⁹ BACH, Michael & KERZNER, Lana. *Op. Cit.*, pp. 38-43.

¹²⁰ Este es el paradigma bajo el cual funciona el estatuto actual de la DICPS. El Estado no se entromete ni se pronuncia con respecto a la capacidad de una persona sino cuando se le solicita que lo haga, ya sea por medio de una declaración de interdicción- voluntaria o contenciosa- o por medio de una demanda de nulidad de un acto o contrato, alegando la “demencia” de alguna de las partes que lo suscribió o celebró.

¹²¹ BACH, Michael & KERZNER, Lana. *Op. Cit.*, p. 38.

¹²² Es cierto que la libertad no se concibe bajo un paradigma completamente negativo en la Moción. Ello, porque se establecerá de forma indiscutible que las PcDICPS *son* capaces. Sin embargo, la observación dice relación con la lógica contractual que presupondría la nueva legislación.

- II) Una **perspectiva positiva** que implique un Estado activo, cuya actividad o pronunciamiento no debe ser solicitada, porque se subentiende que la posición jurídicamente desfavorecida de las personas en situación de DICPS justificaría que el Estado se pronuncie sobre la situación de todas las personas que, potencialmente, se podrían ver vulneradas¹²³.

La Moción Nº 12441-17

Pasando al contenido concreto de la Moción en comento, es importante mencionar que el proyecto incluye la derogación y modificación de varias normas, particularmente en el Código Civil¹²⁴, el Código de Procedimiento Civil¹²⁵, Ley de Matrimonio Civil, Código de Comercio, Código Orgánico de Tribunales, Ley sobre Registro Civil, Ley 18.700, el Código Sanitario y la propia Constitución¹²⁶. Asimismo, se establece la derogación de la Ley 18.600 en su totalidad¹²⁷. En este sentido, se eliminaría por completo la interdicción por demencia como una institución procesal legítima.

Sin embargo, me parece que la parte más sustancial de la Moción se refiere al artículo undécimo, que establece modificaciones a la Ley 20.422, incorporando un Título VIII a partir de los nuevos artículos 83 y siguientes. El Título incluye la creación de planes de apoyo, salvaguardas y normas que aseguren el ejercicio de la capacidad jurídica.

a) Planes de Apoyos

¹²³ Esta perspectiva es ampliamente criticada, puesto que podría suponer un Estado paternalista e intervencionista. Además, muchas veces se han considerado equivalentes los conceptos de libertad negativa y autonomía. Sin embargo Bach y Kerzner sostienen que los términos pueden distinguirse y no implican lo mismo (véase BACH, Michael & KERZNER, Lana. Op. Cit., p. 39).

¹²⁴ Las modificaciones al Código Civil se contienen en el artículo primero de la Moción. Dentro de los cambios sustanciales, incluye la modificación de las nomenclaturas “demente”, “demencia”, “loco furioso”, etc. Además, se eliminan los Títulos XXV y XXVI, relativos a la curaduría del demente y a la del sordo o sordomudo que no pueda darse a entender claramente.

¹²⁵ Artículo segundo de la Moción.

¹²⁶ Estas modificaciones se contienen entre los artículos cuarto a décimo de la Moción. La modificación constitucional importa la derogación del nº1 del artículo 16, que suspendía el derecho a sufragio de las personas declaradas interdictas por demencia.

¹²⁷ Artículo tercero de la Moción.

Los planes de apoyos se definen como el “conjunto de relaciones, prácticas, medidas y acuerdos, de más o menos formalidad e intensidad, diseñadas para asistirle en la comunicación, en la comprensión de los actos jurídicos y las consecuencias de estos, y en la manifestación e interpretación de su voluntad, de sus deseos y de sus preferencias”¹²⁸. El plan de apoyos será, entonces, el marco estricto dentro del cual se determinará de qué forma los facilitadores asistirán a los receptores de apoyos¹²⁹ en la toma de decisiones.

La Moción propone- en el futuro artículo 87 de la Ley 20.422- un principio de libertad en el establecimiento de planes de apoyo, según el cual facilitador/a y receptor/a podrán pactar libremente el contenido del plan de apoyos¹³⁰, cuidando que se incluya el contenido mínimo enunciado en el futuro artículo 90¹³¹.

En adición a esto, es importante destacar que la Moción consagra un derecho universal para el otorgamiento de un plan de apoyos, ya sea porque se requiere al momento de su suscripción, o para el futuro¹³². Así, se distingue nominalmente entre el plan de apoyos “a secas” y aquel que se establezca para una eventualidad del futuro, en el potencial artículo 90 de la Ley 20.422. Sin embargo, no se establecen más diferencias entre ellos. Además, se establece una obligación de otorgamiento por medio de escritura pública o instrumento privado protocolizado, que deberá ser firmado tanto por el/la facilitador/a de apoyos, como por el receptor/a¹³³.

¹²⁸ Artículo undécimo de la Moción, en lo que respecta a la creación del artículo 86 de la Ley 20.422

¹²⁹ Receptores de apoyos serán aquellas personas a cuyo favor esté constituido el plan de apoyos. En el tema que nos convoca, se refiere a las personas en situación de DICPS.

¹³⁰ Como se verá más adelante, este principio de libertad supone relegar el plan de apoyos a un ámbito puramente contractual que podría acarrear complicaciones y abusos.

¹³¹ Artículo 90, parte final: “*Todo plan de apoyos para el ejercicio de la capacidad jurídica deberá regular al menos las siguientes materias: a) El señalamiento de uno o más facilitadores para el ejercicio de la capacidad jurídica (junto con su o sus eventuales reemplazantes) y la forma en que deberán actuar. Los facilitadores podrán ser personas naturales o personas jurídicas sin fines de lucro especializadas en la materia; b) Los criterios y pautas que deberá respetar el facilitador para el ejercicio de la capacidad jurídica al momento de brindar apoyo para la toma de decisiones; c) Las salvaguardas que se establecerán para resguardar los intereses patrimoniales y extrapatrimoniales del receptor de apoyos, indicando de forma precisa las limitaciones que éstas impondrán en el actuar del facilitador*”.

¹³² Se indica- en el futuro artículo 86- que toda persona mayor de edad podrá establecer para sí misma un plan de apoyos para el ejercicio de su capacidad jurídica.

¹³³ Artículo undécimo, en lo que respecta al que sería el artículo 90 de la Ley 20.422.

b) La figura del facilitador o facilitadora

El facilitador o la facilitadora de apoyos se definen- para efectos del sistema de apoyos, como *“aquel que brinda los apoyos”*. Se puede apreciar que la definición es bastante simple, lo que no supondría un problema per se, pero considerando que existen vacíos que dejan en incertidumbre bajo qué circunstancias se adquiere la calidad de facilitador/a¹³⁴, me parece que se podría haber ahondado en cuanto a precisar atribuciones, requisitos, etcétera¹³⁵.

Sin embargo, la figura del facilitador recibe considerablemente más atención que la del plan de apoyos y las salvaguardas:

- Se establece una obligación de asistir al receptor o receptora de apoyos en toda decisión que implique una manifestación de voluntad, incluyéndose todos los actos tendientes o conducentes a dicha manifestación¹³⁶
- Se consagra un deber de cuidado, *“por el que se le podrán hacer efectivas todas aquellas responsabilidades aplicables en caso de incumplimiento o cumplimiento deficiente del mismo”*¹³⁷. De hecho, también se consagra de forma expresa que el facilitador o facilitadora responderá hasta de la culpa leve¹³⁸.
- En teoría, el facilitador o facilitadora no debiera tener poder de representación, pero la letra del futuro artículo 86 inciso segundo establece que podrá ostentarlo en caso de pactarse así¹³⁹.
- También se establece que, en el ejercicio de las funciones, el facilitador o facilitadora *“respetará siempre la voluntad, los deseos y las preferencias del receptor de apoyos, y se velará por evitar los posibles abusos, la influencia*

¹³⁴ Se analizará esto cuando se realicen observaciones generales a la Moción, en concreto con respecto a la difusa distinción entre el nombramiento del facilitador y el otorgamiento del plan de apoyos.

¹³⁵ La creación del artículo 95 prevé una serie de causales de inhabilidad para ejercer el cargo de facilitador o facilitadora, pero no establece requisitos positivos para dicho ejercicio.

¹³⁶ Artículo undécimo, en lo que implementaría el futuro artículo 88 a la Ley 20.422.

¹³⁷ Artículo undécimo, en lo que implementaría el futuro artículo 89 a la Ley 20.422.

¹³⁸ Artículo undécimo, en lo que implementaría el futuro artículo 93 a la Ley 20.422.

¹³⁹ Se vislumbra parte del problema que presenta la Moción, que concibe los planes de apoyo bajo una lógica completamente contractual.

indebida y los conflictos de intereses”¹⁴⁰. Sin embargo, sería complejo ejercer una fiscalización adecuada de la norma recién citada si es que no se disponen lineamientos más acabados para las salvaguardas, ni se asegura algún método de control de estas.

c) Salvaguardas

Creo que este es- definitivamente- uno de los puntos más débiles de la Moción. No se hace mención a las salvaguardas, salvo para indicarlas como contenido mínimo del plan de apoyos y para establecer- de forma más o menos genérica- que estarán orientados a respetar los deseos y preferencias de las/los receptoras/es de apoyos¹⁴¹.

En este sentido, me parece necesario mencionar que las salvaguardas debían ser- precisamente- la parte del proyecto que materializaría una protección efectiva de los intereses de los/las receptores/as de apoyos. Al no establecer ningún control efectivo para ellas, quedan comprendidas en la misma lógica contractual que el plan de apoyos, lo que podría dar pie a vulneraciones y abusos.

El rol del Estado: observaciones a la Moción

- **Conveniencia del plan de apoyos y los facilitadores**

Podría surgir un problema con respecto a la conveniencia concreta de esta nueva institucionalidad, para las PcDICPS. Si la Ley asume que una persona es plenamente capaz en términos jurídicos, aun teniendo un/a facilitador/a o cuidador/a, se plantearía la interrogante de porqué la persona se sometería al procedimiento.

Hoy en día, la respuesta es fácil: a la persona no se le reconoce autonomía y, bajo ese entendido, quienes están a su alrededor están legitimados para impulsar la interdicción, muchas veces por conveniencia o para la celebración de un acto en particular. En el ámbito

¹⁴⁰ Artículo undécimo, en lo que implementaría el futuro artículo 89 a la Ley 20.422.

¹⁴¹ Artículo undécimo, en lo que implementaría el futuro artículo 85 a la Ley 20.422.

extrapatrimonial está claro el inmenso aporte de las y los cuidadoras/es, pero muchas veces la interdicción tiene una connotación patrimonial, asumiendo que quienes cuidan a otros/as lo harán esté declarada o no la interdicción. El fundamento para proceder a una interdicción es, en la mayoría de los casos, que la Ley le prohíbe muchas acciones al “demente”, atribuyéndole una incapacidad absoluta. No existiendo esas prohibiciones, me parece las PcDICPS podrían no estar tan interesadas en someterse a la nueva institucionalidad de cuidados.

El incentivo para los/las cuidadores/as resulta evidente: el reconocimiento- por medio de una retribución pecuniaria- de su dedicada labor. Me parece que éste es uno de los puntos fuertes que introduce la Moción, pero que lamentablemente no se materializa en ningún artículo. Si bien ello podría ser materia de un reglamento o una norma administrativa posterior, creo que un reconocimiento legal y general de las labores de cuidado otorgaría más certeza para los/las facilitadores/as. Además, aun cuando la retribución por estas labores es esencial, no me parece ideal que el incentivo principal de acogerse a la nueva institucionalidad sea para los/las cuidadores/as. Ello se podría prestar para conflictos de interés, como ha sucedido en el pasado en nuestro país

Creo que falta especificar para qué tipo de decisiones se haría necesario un sistema de apoyos y salvaguardas, de modo que exista un incentivo para que las personas acojan al nuevo estatuto. En concreto, me parece que si se mantienen todos los supuestos de la actualidad y las personas necesitan estos apoyos para las mismas situaciones para las que necesitarían un/a guardador/a, la ley no está eliminando su incapacidad, sino que seguiría diciéndoles a las PcDICPS que su capacidad es distinta e insuficiente.

- **La lógica contractual del plan de apoyos**

Me parece que el gran problema del proyecto es relegar a una dimensión contractual- y excesivamente privada- las guardas de las personas en situación de discapacidad intelectual, cognitiva y psicosocial. Si bien el sistema actual está en extremo desactualizado, pareciera que “contractualizar” (sic) por completo el asunto podría incitar, precisamente, los abusos y conflictos de interés que el proyecto pretende eliminar. Aunque se trataría de un contrato dirigido, estimo que el contenido mínimo a estipular debería ser más acabado.

Creo que la premisa de un sistema de apoyos que se establezca de forma simple, expedita y barata para las PcD- y sus familias- es muy positiva, pero pienso que el nombramiento de facilitador/a y el establecimiento de salvaguardas en el acto, sin una fiscalización previa efectiva, puede producir efectos muy contrarios a los perseguidos por el proyecto. En concreto, creo que el facilitador/a debería ser nombrado/a por el Servicio Nacional de Cuidados, a partir de la nómina oficial de cuidadores habilitados que dicho Servicio maneje¹⁴².

- **Distinción entre el otorgamiento del plan de apoyos y el nombramiento de facilitadores/as**

Otro de los cuestionamientos que podrían surgir con respecto a la Moción es que no existe una distinción clara entre el nombramiento de el/la facilitador/a y el otorgamiento del plan de apoyos. De la lectura de los artículos 87 y 90 letra a), que se integrarían a la Ley 20.422, se extrae que la persona en situación de DICPS y el/la facilitador/a establecerán libremente el plan de apoyos, cuyo contenido mínimo incluye- precisamente- la designación de uno o más facilitadores.

En este sentido, no queda claro si el facilitador debe estar habilitado y registrado con anterioridad al otorgamiento del plan de apoyos, o con posterioridad a su suscripción. Si es que se estima que el registro y la habilitación deben preceder al otorgamiento del plan, se concluye que existiría una barrera administrativa compleja, que desincentivaría a las personas a acogerse al nuevo sistema de cuidados. Si, por el contrario, el registro y la habilitación se realizan con posterioridad al otorgamiento del plan, el facilitador tendría más libertad, hipotéticamente, para incidir en el plan de apoyos, aprovecharse de la situación y arrogarse más atribuciones de las que le corresponden, consignando un mayor poder de representación para sí.

La Moción define a los facilitadores en el artículo 87, pero no establece si empezarán a ostentar tal calidad desde el registro y la habilitación en el Sistema Nacional de Cuidados, o si

¹⁴² De la lectura del proyecto, no me queda claro si el nombramiento del facilitador se hace con anterioridad o posterioridad al registro en la nómina que manejaría el Servicio Nacional de Cuidados. Este problema tiene directa relación con la falta de una distinción procedimental clara entre el otorgamiento del plan de apoyos y el nombramiento del facilitador.

bastará el otorgamiento de un plan de apoyos (en cuyo caso tampoco quedaría claro en qué momento procedería el registro y la habilitación correspondientes). Me parece sumamente necesario precisar en qué momento pasarán a considerarse facilitadores, legalmente hablando.

En relación al plan y los facilitadores, Bach y Kerzner reconocen tres niveles generales de necesidad de asistencia¹⁴³, de los que se derivan seis tipos más específicos de apoyo. Los autores entienden que este modelo no alcanza a cubrir todas las aristas con respecto a las cuales las personas en situación de discapacidad pueden requerir apoyos. Sin embargo la estructura entrega un lineamiento interesante que podría ser tomado en consideración para establecer distinciones en el plan de apoyos:

- **Apoyos para el plan de vida**, cuya función es asistir a aquellas personas que no han tenido las condiciones para determinar un plan de vida propio. Se trata de un apoyo de largo plazo cuyo objeto es lograr determinar, con la mayor precisión posible, los deseos y aspiración de la persona receptora de apoyos, sin implicar una intromisión en la toma de decisiones¹⁴⁴.
- **Facilitadores de independencia**, que tienen como fin abogar por el ejercicio de la autonomía de la persona receptora de apoyos en sus relaciones sociales. Su existencia se justifica por la presunción que suelen tener muchas personas de que las PcDICPS son incapaces de tomar sus propias decisiones. En este sentido, estos facilitadores ayudarían a reforzar el libre ejercicio de los derechos de las personas. Aunque su objetivo tampoco sería incidir en la toma de decisiones, los autores estiman que- en la práctica- la línea puede ser muy difusa y este tipo de apoyos se podría prestar para ciertos abusos¹⁴⁵.

¹⁴³ Estos tres sistemas principales pueden resumirse en: i) apoyos para la formulación de propósitos, exploración de posibilidades y toma de decisiones; ii) apoyos para asistir en el proceso de toma de decisiones con terceros y para dar efecto a las decisiones de la persona receptora; y iii) apoyos para actuar sobre las decisiones que la persona receptora ha tomado y para dar cumplimiento a las obligaciones que haya contraído la persona receptora. (Ver: BACH, Michael & KERZNER, Lana. *Op. Cit.*, 2010, p. 73).

¹⁴⁴ BACH, Michael & KERZNER, Lana. *Op. Cit.*, 2010, p. 75.

¹⁴⁵ BACH, Michael & KERZNER, Lana. *Op. Cit.*, 2010, p. 76.

- **Facilitadores en la comunicación e interpretación**, que ayudarían a establecer una comunicación clara entre los intereses de la persona receptora de apoyos y un tercero. En consecuencia, estos facilitadores tampoco tendrían poder de representación en la toma de decisiones, sino que solo interpretarían la voluntad de la persona en situación de discapacidad¹⁴⁶.
- **Representantes**, cuya función será efectivamente representar a la persona receptora de apoyos en ciertos- o en la generalidad- de los actos. Este tipo de apoyo supone el más intrusivo sobre la autonomía del receptor, por lo cual los autores estiman que debería reservarse para los grados de discapacidad más graves. De forma similar a los apoyos para el plan de vida, se entiende que- idealmente- la asistencia representativa se ejercerá por una persona que entienda los deseos y aspiraciones de la persona receptora. En la actualidad, el curador de una persona “demente” ejerce este tipo de apoyo por *default*, a menos que exista pluralidad de curadores con distintos fines, en cuyo caso uno o más tendrán facultades generales de representación¹⁴⁷.
- **Apoyos para la construcción de relaciones**, que están dirigidos a aquellas personas que, fruto de una vida de exclusión y discriminación, no poseen una red de apoyos que les permita acceder a otro tipo de apoyos. La función de estos soportes es construir relaciones a largo plazo que permitan establecer tipos de apoyo más personales, como los recién enlistados¹⁴⁸.
- **Administradores**, cuya función no se refiere a un manejo puramente patrimonial, sino que implica una asistencia en los asuntos que se derivan de ciertas dimensiones de la vida, como por ejemplo, elegir un banco, rellenar formularios, y- en general- todas las acciones tendientes a cumplir, perfeccionar o llevar a cabo decisiones de la persona receptora de apoyo¹⁴⁹.

¹⁴⁶ BACH, Michael & KERZNER, Lana. *Op. Cit.*, 2010, p. 77.

¹⁴⁷ BACH, Michael & KERZNER, Lana. *Op. Cit.*, 2010, p. 78.

¹⁴⁸ BACH, Michael & KERZNER, Lana. *Op. Cit.*, 2010, p. 80.

¹⁴⁹ *Ídem*.

Este modelo no implica que las personas que suscriban planes de apoyo deban tener uno u otro tipo de apoyo, sino que pueden confluír de acuerdo a las necesidades específicas de la persona receptora de apoyos¹⁵⁰. No siendo excluyentes, cada persona podría requerir uno o varios tipos de apoyo, incluso recayendo sobre el mismo facilitador. La distinción podría servir para establecer límites con respecto al nivel de representación que se ejercerá en cada caso. Por ejemplo, si una persona tiene un desorden cognitivo que no incide en su representación de la realidad, podría prohibirse el plan de apoyos que prevea facultades de representación muy amplias, o establecerse requisitos más estrictos para su constitución

Entiendo que plantear el modelo de forma tan sucinta importa el planteamiento de preguntas muy legítimas. Aceptar que el plan de apoyos debe admitir distinciones supone, necesariamente, que estas distinciones deberán estar muy bien justificadas legalmente. De modo contrario, el sistema pecaría de la misma discriminación arbitraria de la cual pretende deshacerse. En este sentido, la distinción sobre el plan de apoyos aplicable a cada caso deberá precederse por alguna declaración de la autoridad. Me parece que una buena alternativa sería afinar al máximo posible el criterio y precisión de los certificados de discapacidad emitidos por la COMPIN, de modo que el porcentaje de discapacidad determinado por este pueda ser usado de base para una revisión del plan de apoyos y sus respectivas salvaguardas.

¹⁵⁰ BACH, Michael & KERZNER, Lana. *Op. Cit.*, 2010, p. 81.

CONCLUSIONES

Para concluir, estimo necesario dejar planteada la que- me parece- es la pregunta ética fundamental que se debe tener en consideración a la hora de legislar sobre un nuevo estatuto de la capacidad jurídica de las personas en situación de DICPS: ¿dónde se encuentra el balance entre un reconocimiento efectivo de la autonomía/capacidad de las PcDICP y un sistema que proteja adecuadamente sus derechos e intereses? Si bien las salvaguardas fueron pensadas precisamente con este fin, la Moción las establece como un contenido necesario del plan de apoyos, sin prever un control efectivo de ellas. Aunque la intromisión judicial es algo que este proyecto parece evitar a toda costa, creo que se debería reevaluar la existencia de un sistema de fiscalización más estricto.

Si se reconoce que la discapacidad intelectual, cognitiva y/o psicosocial supone un abanico virtualmente indefinido de posibles afecciones, que inciden en distintos grados sobre la habilidad de una persona para percibir y representar la realidad, es necesario concluir que la constitución del plan de apoyos debe admitir distinciones. Estas distinciones no debieran pensarse como una forma de limitar la capacidad de personas con afecciones más graves, sino que atender a la realidad de su situación y el sistema que mejor permita traducir la *habilidad* para tomar decisiones en una *capacidad* jurídica efectiva y autónoma¹⁵¹.

También me parece importante dejar en claro que la inclusión y el reconocimiento de la autonomía de las personas en situación de discapacidad tienen efectos positivos tangibles. Por ejemplo, en el ámbito clínico, se ha comprobado que una mayor participación de las PcDICPS tiene resultados concretos sobre el autoestima y el empoderamiento, que derivan en un aumento de responsabilidad en el tratamiento, mejora en el tratamiento de los síntomas, congruencia entre decisiones y preferencias, aumento de la posibilidad de discutir sobre sus

¹⁵¹ BACH, Michael & KERZNER, Lana. *Op. Cit.*, 2010, p. 73.

afecciones con su entorno cercano, y- en general- un aumento en el bienestar de los pacientes¹⁵².

La discusión sobre la validez del sistema de interdicciones, en particular sobre la interdicción por demencia, no está zanjada en nuestro continente. En efecto, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México declaró recientemente- con respecto a un amparo- que las normas sobre interdicción contenidas en el Código Civil mexicano son inconstitucionales y atentan contra la CDPD¹⁵³. El fallo del Tribunal Supremo fue redactado en un lenguaje que el actor- que padece Síndrome de Asperger- pudiera comprender a cabalidad, lo cual también supone una victoria en el reconocimiento de los derechos de las personas con discapacidad. Además, se hace mención expresa a que el estatuto sobre interdicción resulta limitante en extremo, puesto que no prevé graduación alguna que atienda al grado de discapacidad de la persona.

La sentencia supone un precedente importantísimo para la jurisprudencia latinoamericana, toda vez que reconoce la inconstitucionalidad de la interdicción por estimar que el actor no está incapacitado para tomar decisiones, sino que requiere un sistema de apoyos en la toma de dichas decisiones. Habrá que esperar para ver como este avance incide a nivel continental.

¹⁵² SUESS Schwend, Amets; BONO Del Trigo, Águila; ÍBAÑEZ Rojo, Vicente; *et al.* *Planificación anticipada de decisiones en salud mental. Modelo, utilidades y propuestas de aplicación*. Revista de la Asociación Española de Neuropsiquiatría nº 36(129), 2016, p. 90.

¹⁵³ Extraído de la página web del periódico "El Universal": *SCJN declara inconstitucionales artículos que regulan estado de interdicción*. Disponible en <https://www.eluniversal.com.mx/nacion/sociedad/scjn-declara-inconstitucionales-articulos-que-regulan-estado-de-interdccion> (consultado por última vez el 21 de marzo de 2019).

BIBLIOGRAFÍA

- Alvarado Aguirre, Claudio Eduardo. «La discriminación arbitraria de personas con síndrome de Down en el ámbito del consumo.» *Boletín de la Academia de Derecho y Consumo, ADECO*, 2013: 9-15.
- Bach, Michael & Kerzner, Lana. *A New Paradigm for Protecting Autonomy and the Right to Legal Capacity*. Preparado para la Comisión de Leyes de Ontario, 2010.
- Barcia Lehmann, Rodrigo. *Fundamentos del Derecho de Familia y de la Infancia*. Santiago: Thomson Reuters Puntotex, 2011.
- Bariffi, Francisco José. *El régimen jurídico internacional de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad y sus relaciones con la regulación actual de los ordenamientos jurídicos internos*. Tesis doctoral, Getafe: Universidad Carlos III de Madrid, 2014.
- Barnes, Colin & Mercer, Geof. *Implementing the Social Model of Disability: Theory and Research*. Leeds: The Disability Press, 2004.
- Barrios Flores, Luis Fernando. *Informe sobre el marco normativo vigente y los proyectos de reforma de la legislación sobre protección de los derechos del paciente mental en Chile*. Alicante: Universidad de Alicante, 2006.
- Claro Solar, Luis. *Explicaciones de Derecho Civil chileno y comparado*. s.f.
- Del Picó Rubio, Jorge, Marcela Acuña San Martín, Cristián Aedo Barrena, Daniela Jarufe Contreras, Alexis Mondaca Miranda, y Carolina Riveros Ferrada. *Derecho de Familia*. Santiago: Legal Publishing Chile, 2016.
- Elorriaga De Bonis, Fabián. *Derecho Sucesorio*. Santiago: Legal Publishing, 2010.
- Espejo, Nicolás, Lathrop Fabiola, y Aravena Paz. «Hacia un sistema nacional de promoción de la vida independiente y la inclusión en la comunidad para personas con discapacidad intelectual, cognitiva y psicosocial: Aportes del ciclo sobre capacidad jurídica.» En virtud del CONVENIO VIDAUTÓNOMA celebrado entre la Fundación Aninat y la Universidad de Chile, 2017.
- García Alonso, Isabel. «Concepto actual de discapacidad intelectual.» *Psychosocial Intervention* 14, nº 3 (2005): 255-276.

- González, Matías, Jorge Calderón, Álvaro Jeria, Paula Repetto, Gonzalo Valdivia, y Ángela Vivanco. «Avanzando al Desarrollo de una Propuesta de Ley de Salud Mental en Chile: marco legislativo de promoción y protección de los grupos de mayor vulnerabilidad y riesgo.» *Propuestas para Chile - Concurso Políticas Públicas*, 2014: 89-118.
- Lathrop Gómez, Fabiola (diciembre de 2011). *Ante la Ilustrísima Corte Interamericana de Derechos Humanos. Informe Pericial Caso Nº 12.502 Karen Atala Riffo y Otras vs. Chile*. *Revista de Derecho - Escuela de Postgrado*, Nº2, 151-210.
- López Díaz, Carlos. *Tratado de Derecho de Familia*. Santiago: Digesto, 2016.
- Lyon Puelma, Alberto. *Personas Naturales*. Santiago: Ediciones Universidad Católica de Chile, 2007.
- Organización Mundial de la Salud. *Informe Mundial sobre la Discapacidad*. Malta: Ediciones de la OMS, 2011.
- Samaniego de García, Pilar. *Aproximación a la realidad de las personas con discapacidad en Latinoamérica*. Madrid: Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad, 2006.
- Silva Barroilhet, Paula. *La Capacidad Jurídica de las Personas con Discapacidad Intelectual: Régimen Jurídico Chileno y Bases para su Modificación*. Santiago: Legal Publishing Chile, 2017.
- Somarriva Undurraga, Manuel. *Derecho de Familia*. Santiago: Nacimiento, 1946.
- Suess Schwend, Amets, y otros. «Planificación anticipada de decisiones en salud mental. Modelo, utilidades y propuestas de aplicación.» *Revista de la Asociación Española de Neuropsiquiatría* 36(129) (2016): 79-102.
- Verdugo Alonso, Miguel Ángel. «Análisis de la definición de discapacidad intelectual de la Asociación Americana sobre retraso mental de 2002.» *Siglo Cero* 34(1), nº 205 (2003): 5-19.

JURISPRUDENCIA

Causa nº 15572/2015 (Casación). Resolución nº 167376 de la Corte Suprema, Sala Primera (Civil) de 22 de Marzo de 2016.

Causa nº 10606/2015 (Casación). Resolución nº 184767 de la Corte Suprema, Sala Primera (Civil) de 31 de Marzo de 2016.

Causa nº 27322/2014 (Casación). Resolución nº 294334 de la Corte Suprema, Sala Cuarta (Civil) de 17 de diciembre de 2015.

Causa nº 68724/2016 (Casación). Resolución nº 209113 de la Corte Suprema, Sala Primera (Civil) de 10 de Mayo de 2017.

Causa nº 101758/2016 (Casación). Resolución nº 318014 de la Corte Suprema, Sala Primera (Civil) de 21 de Junio de 2017.

Causa nº 9245/2017 (Casación). Resolución nº 15 de Corte Suprema, Sala Primera (Civil) de 19 de Octubre de 2017.

Causa nº 92924/2016 (Casación). Resolución nº 11 de Corte Suprema, Sala Cuarta (Mixta) de 2 de Enero de 2018.

Causa nº 7238/2013. Corte de Apelaciones de Santiago, sentencia de 2 de Abril de 2014.

Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad *presentado por el Tercer Juzgado de Letras de Iquique respecto de los artículos 456 del Código Civil y 4 de la Ley N° 18.600, en los autos voluntarios sobre interdicción por demencia (...)*. 2703-14 (Tribunal Constitucional, 26 de enero de 2016).