



**UNIVERSIDAD DE CHILE**

**FACULTAD DE DERECHO**

**DEPARTAMENTO DE DERECHO PRIVADO**

**LA CONSTRUCCIÓN DOGMÁTICA CLÁSICA DE LA CAPACIDAD FRENTE A  
LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD INTELECTUAL**

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

Autor: JORGE IGAL TESTA BAITELMAN

Profesor guía: RICARDO QUEZADA FUENTES

Santiago, Chile

2022

## Tabla de contenido

<b>INTRODUCCIÓN .....</b>	<b>3</b>
<b>1. CAPITULO I. UNA CRÍTICA A LA CONSTRUCCIÓN DOGMÁTICA CLÁSICA DE LAS NOCIONES DE PERSONA, CAPACIDAD JURÍDICA Y VOLUNTAD.....</b>	<b>10</b>
1.1. LA EVOLUCIÓN DE LOS CONCEPTOS DE PERSONA, CAPACIDAD Y VOLUNTAD	10
1.2. LA INCAPACITACIÓN JURÍDICA HA SIDO TRADICIONALMENTE ENTENDIDA COMO UNA MANIFESTACIÓN DE LA PROTECCIÓN A LA LIBERTAD CONTRACTUAL ...	17
1.3. CUESTIONANDO LAS LIMITACIONES AL EJERCICIO DE LA AUTONOMÍA .....	21
<b>2. CAPITULO II. EL CAMBIO DE PARADIGMA ACERCA DE LA DISCAPACIDAD Y SUS IMPLICANCIAS EN EL ÁMBITO JURÍDICO .....</b>	<b>26</b>
2.1. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL CONCEPTO DE DISCAPACIDAD: MODELOS DE TRATAMIENTO DE LA DISCAPACIDAD .....	26
2.1.1. Modelos de tratamiento de la discapacidad obsoletos: el modelo de prescindencia y el modelo médico-rehabilitador.....	27
2.1.2. El concepto de discapacidad en el modelo social de derechos humanos plasmado en la CDPD de las Naciones Unidas .....	30
2.2. LA DISCAPACIDAD COMO CUESTIÓN DE DERECHOS HUMANOS .....	33
2.2.1. La importancia de tratar la discapacidad como cuestión de DD.HH.....	33
2.2.2. La Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad: los principios que la rigen y derechos que re-afirma.....	34
2.3. EL RECONOCIMIENTO A LA CAPACIDAD JURÍDICA COMO DERECHO HUMANO	37
2.3.1. La mera titularidad de derechos es insuficiente.....	38
2.3.2. Modelos de atribución de incapacidad jurídica. ....	39
2.3.3. El modelo de capacidad universal y sistemas de apoyo en la toma de decisiones contenido en el artículo 12 de la CDPD.....	42
2.3.4. Replantando la noción técnica de la capacidad iusprivatista.....	48

<b>3. CAPITULO III. LA CAPACIDAD JURÍDICA EN CHILE Y EL VIGENTE ESTATUTO DE ATRIBUCIÓN DE INCAPACIDAD ABSOLUTA A LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD INTELECTUAL .....</b>	<b>52</b>
3.1. NOCIONES INTRODUCTORIAS.....	52
3.2. EL ESTATUTO DE INCAPACIDAD DEL DEMENTE .....	53
3.2.1. Capacidad de goce y capacidad de ejercicio.....	53
3.2.2. La noción de “demente” y la discapacidad intelectual, cognitiva y psicosocial.....	55
3.3. LA INTERDICCIÓN POR DEMENCIA Y LA CURADURÍA DEL DEMENTE .....	61
3.3.1. Los procedimientos de interdicción y la curaduría provisoria de bienes por el sólo ministerio de la ley. ....	63
3.3.1.1. <i>Juicio ordinario de interdicción por demencia</i> .....	63
3.3.1.2. <i>Procedimiento voluntario de interdicción de personas con discapacidad mental (Ley Nº 18.600)</i> .....	66
3.3.1.2.1. Críticas a los procedimientos de interdicción.....	67
3.3.1.3. <i>La curaduría provisoria de bienes (Ley Nº 18.600)</i> .....	68
3.4. LOS EFECTOS DE LA INTERDICCIÓN Y DE LOS ACTOS DEL INCAPAZ ABSOLUTO NO INTERDICTO.....	70
<b>4. CAPITULO IV. PLANTEAMIENTOS HACIA UNA REFORMA.....</b>	<b>77</b>
4.1. LA INFLUENCIA DE LA CDPD EN LAS PROPUESTAS DE REFORMAS AL RÉGIMEN DE CAPACIDAD .....	77
4.2. PROYECTOS DE LEY EN ACTUAL TRAMITACIÓN.....	79
4.2.1. Proyecto de ley boletín Nº 12.612-07 .....	81
4.2.2. Proyecto de Ley Boletín Nº 12.441-17.....	85
<b>CONCLUSIONES.....</b>	<b>95</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA.....</b>	<b>98</b>

## INTRODUCCIÓN

En el desarrollo del derecho, y particularmente del derecho civil, construido en base a principios e instituciones perfeccionados por siglos, siempre se ha relegado o marginado determinados grupos sociales con características en común. Ello significó que aquellos grupos sociales reconocidos por el derecho gozaran de los privilegios que otorgaba la organización institucional –principalmente enfocada en el tráfico jurídico, en el intercambio económico, la generación de riqueza y la protección de la propiedad- mientras otros quedaban desamparados o eran explotados.

En razón del devenir de los distintos contextos históricos, económicos y sociales, el reconocimiento por parte del derecho al ser humano como *sujeto de derecho* en su universalidad y en condiciones de igualdad, se ha ido expandiendo progresivamente. Así, distinciones y restricciones de derechos entre clases sociales, género o etnia, han ido progresivamente siendo superadas.

No obstante, algunos grupos oprimidos o marginados aún se enfrentan a limitaciones para alcanzar su plena participación social, ven mermada su propia autonomía y, en definitiva, no encuentran las condiciones sociales para realizar sus planes de vida en un plano de igualdad de oportunidades. Entre ellos, destaca el caso de las personas con discapacidad.

Esta preocupación ha sido visibilizada en las últimas décadas con el surgimiento de distintas corrientes de pensamiento que han forzado a adoptar una nueva forma de abordar la discapacidad e impactando en distintos aspectos de la vida social, y ciertamente también en el derecho. De acuerdo a un paradigma moderno, la discapacidad se trata de un fenómeno social y no individual. Esta se caracteriza no ya por las determinadas condiciones o deficiencias que posea un individuo, sino por las barreras que la sociedad le impone, de modo que al interactuar la persona con ellas, se ve impedida de participar en iguales condiciones que los demás. Estas barreras, desde luego que pueden observarse también en el plano jurídico.

En el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos se ha venido reconociendo y protegiendo históricamente la *titularidad* de derechos<sup>1</sup>, pero en el último tiempo, la comunidad internacional, influenciada por planteamientos teóricos como los de Sen y Nussbaum<sup>2</sup>, ha incorporado la exigencia de garantizar la puerta de acceso al ejercicio de los derechos<sup>3</sup>, lo que conduce a afinar la noción de que los derechos humanos no sólo están relacionados con la titularidad, sino también con su ejercicio.<sup>4</sup> Con la celebración de la Convención Internacional de Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD) se ha ido estableciendo entonces la necesidad de replantearse los fundamentos teóricos que han dado lugar a las restricciones del ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad intelectual<sup>5</sup>, adoptando los Estados partes, entre otras obligaciones, la de eliminar restricciones al ejercicio de la capacidad jurídica.

Estas restricciones han estado desde antaño enquistadas principalmente en el derecho civil, desde donde se construyen las nociones fundamentales de persona, capacidad y voluntad. Sin embargo, debido al rol central que juega el derecho civil en el entramado jurídico, estas nociones se expanden a otros ámbitos del derecho, encontrándose en nuestros días enfrentadas al tamiz que imponen las obligaciones en materia de derechos humanos.

En el derecho civil, persona, capacidad y voluntad son conceptos que se complementan, al punto tal que en ciertos contextos suelen confundirse. Por cierto que son cuestiones distintas, pero en la doctrina abundan ejemplos en los cuales sus contornos se difuminan. Para la doctrina tradicional, de la cual solemos estudiar sus

---

<sup>1</sup> Álvaro Benavides, "Los derechos de las personas con discapacidad intelectual en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos", en *Discapacidad intelectual y Derecho*, ed. y coord. por Nicolas Espejo y Fabiola Lathrop (Santiago: Thomson Reuters, 2019), 32-53.

<sup>2</sup> Patricia Cuenca, "Sobre la inclusión de la discapacidad en la teoría de los Derechos Humanos", *Revista de Estudios Políticos*, 158 (2012): 103-137, DOI: <https://doi.org/10.18042/39941>

<sup>3</sup> Parafraseando al profesor Francisco Barifi. Álvaro Benavides, "Los derechos de las personas con discapacidad intelectual en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos", en *Discapacidad intelectual y Derecho*, ed. y coord. por Nicolas Espejo y Fabiola Lathrop (Santiago: Thomson Reuters, 2019), 32-53.

<sup>4</sup> Álvaro Benavides, "Los derechos de las personas con discapacidad intelectual en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos", en *Discapacidad intelectual y Derecho*, ed. y coord. por Nicolas Espejo y Fabiola Lathrop (Santiago: Thomson Reuters, 2019), 32-53.

<sup>5</sup> *Idem*.

tratados para las clases de derecho civil, los conceptos de persona y capacidad de goce se implican recíprocamente<sup>6</sup>, toda persona tiene capacidad de goce, y quien tenga capacidad de goce, es persona. Estos conceptos se unen en la noción de sujeto de derecho, individuos con la aptitud legal para adquirir derechos y obligaciones, de ser titulares de derechos y de participar de relaciones jurídicas.

Pero en nuestro derecho no basta con ser titular de derechos para poder ejercerlos, ya que la ley niega o restringe tal aptitud a ciertas personas, a quienes llama incapaces. La doctrina clásica, continuamente sostiene que las personas a las que la ley declara como incapaces absolutos, lo son pues carecerían absolutamente de voluntad<sup>7</sup>. Si la persona tiene y puede manifestar su voluntad la ley presume que es capaz de ejercer sus derechos de forma autónoma, sin el ministerio u autorización de otro, es decir libremente. No obstante, este diseño normativo se invierte respecto de las personas con discapacidad intelectual, cognitiva o psicosocial (“dementes” bajo la nomenclatura de nuestro Código Civil), puesto que una vez declaradas interdictas, se presume su incapacidad, “*aunque tenga intervalos lúcidos*”, y previo a la interdicción, el valor de su voluntad se encuentra en entredicho, debiendo soportar el manto de dudas que pesa acerca de su eventual “demencia” y consecuente incapacidad. Nuestro derecho le impone a las personas con discapacidad la carga de demostrar condiciones suficientes, altamente exigentes, que le habiliten para ejercer sus derechos autónomamente, mientras que tales condiciones las presume respecto de quienes no se encuentran en situación de discapacidad.

En realidad, aquellas personas a las cuales se les atribuye incapacidad absoluta, no es porque carezcan absolutamente de voluntad, sino porque a su voluntad, *prima facie*, no se le reconoce valor jurídico, lo cual es una cosa distinta e implica la adopción de una posición hegemónica frente a la discapacidad. Dicho de otro modo, la noción de incapacidad absoluta no es un juicio descriptivo, sino que prescriptivo. Es una decisión que adopta la sociedad, que arbitrariamente trata de forma

---

<sup>6</sup> Arturo Alessandri, Manuel Somarriva y Antonio Vodanovic, *Tratado de Derecho Civil*, 8ª ed. (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2015)

<sup>7</sup> Alberto Lyon, *La persona natural*, (Santiago: Ediciones Universidad Católica de Chile, 2006)

homogénea a las personas con discapacidad, fundándose precisamente en razón de su discapacidad para excluirlas. Resulta que al igual que la naturaleza humana, en sí misma diversa, las personas con discapacidad intelectual también lo son. Tienen deseos, preferencias, sueños, que no son otra cosa sino que una voluntad.

En ese sentido, resulta curioso que parte de la doctrina defienda un sistema de atribución de discapacidad absoluta como una forma de protección a la persona, y a la vez reconozca que una distinción entre capacidad de goce y ejercicio resulta artificial<sup>8</sup>. La distinción entre capacidad de goce y capacidad de ejercicio sólo cobra utilidad si consideramos que existen personas que no deben participar del tráfico jurídico, lo cual no es otra cosa que una discusión acerca de la libertad. Si el ejercicio de un derecho es parte del goce<sup>9</sup>, y más aún, como ha sido teóricamente desarrollado por el enfoque de las capacidades, no basta con tener un derecho si en realidad no se cuenta con la posibilidad real de ejercerlo<sup>10</sup>, entonces, la forma en la cual se despoja a las personas con discapacidad del ejercicio de sus derechos -una limitación infundada a su libertad- debería representar una de las mayores preocupaciones del derecho civil.

Por ello, afirmamos que el enfoque vigente en nuestro código no es el de maximizar y proteger la autonomía de las personas con discapacidad intelectual, cognitiva o psicosocial, por ejemplo mediante apoyos para la toma de decisiones, sino que suprimirla, negándole valor a su voluntad y vedándolas de su capacidad de ejercicio. De acuerdo al nuevo enfoque social acerca de las discapacidades, la autonomía de las personas con discapacidad debe ser maximizada, lo que implica superar los mecanismos de protección vulneratorios de derechos fundamentales, entre los que se encuentran los sistemas de atribución de incapacidad por estatus y los mecanismos de sustitución de voluntad como las tutelas y curadurías; y en cambio, establecer la igualdad en el reconocimiento a la capacidad jurídica para ejercer los

---

<sup>8</sup> Paula Silva, *La capacidad jurídica de las personas con discapacidad intelectual: Régimen jurídico chileno y bases para su modificación*. (Santiago: Thomson Reuters, 2017)

<sup>9</sup> *Idem*.

<sup>10</sup> *Idem*.

derechos, acompañado de un sistema que incluya una amplia gama de mecanismos de apoyo en la toma de decisiones.

Como las obligaciones que impone la CDPD se basan en el moderno paradigma sobre la discapacidad, donde ésta no es ya concebida como un concepto estático, invariable, ni unidimensional, se desprende una base lógica de acuerdo a la cual el funcionamiento individual de una persona con discapacidad puede mejorar con la provisión de recursos y estrategias dirigidas a promover el desarrollo, la educación, los intereses y el bienestar personal.<sup>11</sup> De este modo, instituciones como la interdicción y las curatelas, caracterizadas por negar valor jurídico a la voluntad de las personas con discapacidad e imponer en su lugar a un representante que le sustituya en la toma de decisiones, deben ser reemplazadas por un régimen radicalmente distinto, donde no solo se reconoce la voluntad de la persona con discapacidad, sino también que se garantice las condiciones para que esta voluntad prime por sobre las consideraciones que supongan una especie de interés superior objetivo y pueda ser expresada eficazmente.

Este tipo de provisiones y mecanismos que facilitan la toma de decisiones o asisten en una expresión eficaz de la voluntad de las personas que así lo requieren, guardan relación con los denominados sistemas de apoyo en la toma de decisiones. Estos pueden consistir, por ejemplo, en el nombramiento que hace una persona que así lo requiera a otra de confianza para que ésta le asista en el ejercicio de su capacidad jurídica o en la comunicación de sus intereses.

En este orden de ideas, y con el objetivo de dar cumplimiento a las obligaciones contraídas por el Estado de Chile tras la suscripción y ratificación de la CDPD, en el Congreso Nacional se discuten actualmente dos mociones de proyectos de ley que, con menor o mayor profundidad, vienen a modificar el vigente régimen de capacidad jurídica de las personas con discapacidad intelectual.

---

<sup>11</sup> Paz Aravena, "Apoyos emancipadores y participativos: ruta para lograr la inclusión (educativa) de la infancia con discapacidad intelectual", en *Discapacidad intelectual y Derecho*, ed. y coord. por Nicolas Espejo y Fabiola Lathrop (Santiago: Thomson Reuters, 2019), 321-349



En consideración a lo planteado, el presente trabajo se estructura de la siguiente manera. En primer lugar, realizaremos un análisis crítico a la construcción dogmática clásica que ha desarrollado nuestra tradición de derecho Civil respecto de las nociones de persona, capacidad jurídica y voluntad, caracterizada por la exclusión de determinados grupos de individuos. En este primer capítulo abordaremos los orígenes de dichas nociones, y su herencia desde el derecho romano, y luego, cuestionaremos su reconfiguración propiciada por el surgimiento del liberalismo económico, controvirtiendo la justificación a las instituciones que tradicionalmente han sido entendidas como mecanismos de protección a la libertad contractual, las cuales mediante la incapacitación jurídica de las personas con discapacidad, limitan el ejercicio de su autonomía, lo que en definitiva significa su exclusión social, la anulación de su persona y la degradación de su dignidad humana.

Luego, en el segundo capítulo ofreceremos una visión panorámica acerca de la evolución histórica del concepto de discapacidad mediante la exposición de los llamados “modelos de tratamiento de discapacidad”, hasta llegar al actual paradigma que aborda la discapacidad como un fenómeno social, y que en el ámbito del derecho propone que sea atendido como una cuestión de derechos humanos. Nos introduciremos en las implicancias jurídicas que representa dicho modelo, especialmente desde que Chile suscribe y ratifica la CDPD, y por lo tanto, analizaremos su contenido y su directa repercusión en la esfera del derecho privado, mediante la consagración del reconocimiento a la capacidad jurídica como un derecho humano.

En consecuencia, veremos que aquello exige replantearnos la noción técnica de la capacidad iusprivatista contenida no sólo en nuestro Código Civil, sino que a lo largo de otros cuerpos legales. En ese sentido, en el tercer capítulo examinaremos en profundidad el régimen de capacidad jurídica en Chile y el vigente estatuto de atribución de incapacidad absoluta a las personas con discapacidad. En primer lugar, cuestionaremos la nomenclatura que utiliza nuestra legislación para referirse a las

personas con discapacidad y observaremos que dicho lenguaje no sólo importa un trato discriminatorio y vejatorio, sino que la vaguedad de los términos empleados y la homogenización del fenómeno también produce consecuencias jurídicas indeseables, como por ejemplo, la afectación a la actividad jurisdiccional, debido a que complejiza la interpretación jurídica, una problema que no es banal pues permite la adopción de decisiones cuestionables respecto de materias sensibles vinculadas a garantías fundamentales.

Luego, en el mismo capítulo abordaremos los procedimientos de interdicción y curadurías para personas con discapacidad intelectual o psicosocial contemplados por nuestra legislación. Estos son el juicio ordinario de interdicción por demencia, contenido en el Código Civil y el Código de Procedimiento Civil; el procedimiento voluntario de interdicción de personas con discapacidad mental, contenido en la Ley Nº 18.600; y la curaduría provisoria de bienes por el sólo ministerio de la ley, que también se dispone por este último cuerpo legal. Por último, analizaremos los efectos de la interdicción y de los actos del incapaz absoluto no interdicto.

Para finalizar, el cuarto capítulo de este trabajo tratará de ofrecer ciertas bases y planteamientos para la introducción de una reforma al régimen expuesto en el capítulo anterior. Aquí, en primer lugar, observaremos cómo ha influido la CDPD en el desarrollo de modificaciones a legislaciones comparadas, así como también las críticas que se han formulado a nuestro propio ordenamiento por parte del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, órgano de expertos independientes erigido por la misma CDPD para la supervisión de su aplicación. Finalmente, examinaremos críticamente dos proyectos de ley sobre esta materia en actual trámite legislativo en el Congreso Nacional.

# 1. CAPITULO I. UNA CRÍTICA A LA CONSTRUCCIÓN DOGMÁTICA CLÁSICA DE LAS NOCIONES DE PERSONA, CAPACIDAD JURÍDICA Y VOLUNTAD

## 1.1.LA EVOLUCIÓN DE LOS CONCEPTOS DE PERSONA, CAPACIDAD Y VOLUNTAD

Al igual que otros códigos civiles como el francés y el alemán, que tratan muy desde el comienzo el concepto de persona, nuestro Libro Primero recibe el nombre “De Las Personas”. En el artículo 55 se define persona como *“todo individuo de la especie humana, cualquiera sea su edad, sexo, estirpe o condición”*.

Por otro lado, sabemos que el concepto de personalidad se encuentra íntimamente vinculado con el de “capacidad jurídica” o “de goce”. Ser persona es consustancial a tener capacidad de goce, esto es, la aptitud legal de adquirir derechos y obligaciones<sup>12</sup>. Ello no significa que la personalidad jurídica del ser humano siempre haya sido reconocida de modo universal. Así nos recuerda Lyon Puelma que *“para el derecho romano, en cambio, persona era aquel que tenía capacidad jurídica o de goce, pero se les negaba dicha capacidad a los esclavos, que para muchos efectos eran cosas, a los que no tenían la ciudadanía romana, y también, a los que no pertenecían a una familia agnaticia”*<sup>13</sup>.

Pero como sabemos, este tipo de distinciones entre categorías de seres humanos como supuesto para un reconocimiento ante el orden jurídico han sido notoriamente superadas en el derecho moderno, al punto tal de que ambos conceptos suelen utilizarse en muchos contextos como sinónimos. En nuestros días, la vigencia de la noción de persona no se justifica como criterio para dividir seres humanos, sino porque es necesario *personificar* ciertas asociaciones de seres humanos o

---

<sup>12</sup> Alberto Lyon, *La persona natural*, (Santiago: Ediciones Universidad Católica de Chile, 2006)

<sup>13</sup> Alberto Lyon, "El concepto de persona y su papel en nuestro sistema legal: Análisis crítico del fallo del Tribunal Constitucional que declaró la constitucionalidad de la ley que despenalizó el aborto en tres causales", *Revista Jurídica Digital UANDES*, Vol. 2, n.º 2 (2018): 93-114. DOI: 10.24822/rjduandes.0202.6

determinados patrimonios con el fin de que ellos sean considerados en un plano de igualdad en el mundo de las relaciones jurídicas con el hombre de carne y hueso<sup>14</sup>.

Entonces, el concepto moderno de persona opera como una categoría jurídica. La ciencia jurídica, en su vinculación con el mundo empírico, recurre a crear ciertas categorías abstractas, carentes en sí mismas de valoración e instrumentales a sus propósitos de ordenación social objetiva<sup>15</sup>. No se trata en estricto rigor de normas, aunque suelen manifestarse en ellas. Siguiendo con Lyon Puelma, una categoría jurídica “*se trata de conceptos que la misma ciencia jurídica ha construido para alcanzar por su intermedio los resultados que se propone*”.<sup>16</sup> La personalidad, como categoría jurídica abstracta, se diferencia de la noción de *ser humano*, noción biológica, empírica, natural, que da cuenta de una realidad<sup>17</sup>. En ese orden de ideas, el ser humano es persona –en sentido jurídico- no por su naturaleza, sino por obra del derecho, cuando se considera como categoría jurídica<sup>18</sup>. Como sostienen los iuspositivistas, el término persona no designa más que un “*centro de imputación normativa*”<sup>19</sup>.

No obstante, una conceptualización circunscrita a estos límites, que no repara en la relación que existe entre la noción de persona y la de ser humano, que olvida que el orden jurídico es también una obra del espíritu humano, dirigida primordialmente a establecer normas de convivencia que protejan los intereses individuales y sociales<sup>20</sup>, corre el riesgo de cercenar al concepto de persona de su utilidad jurídica y hacerla caer en el abismo del excesivo formalismo jurídico.

---

<sup>14</sup> *Idem.*

<sup>15</sup> *Idem.*

<sup>16</sup> *Idem.*

<sup>17</sup> *Idem.*

<sup>18</sup> *Idem.*

<sup>19</sup> Citando a Hans Kelsen. Alberto Lyon, "El concepto de persona y su papel en nuestro sistema legal: Análisis crítico del fallo del Tribunal Constitucional que declaró la constitucionalidad de la ley que despenalizó el aborto en tres causales", *Revista Jurídica Digital UANDES*, Vol. 2, n.º 2 (2018): 93-114. DOI: 10.24822/rjduandes.0202.6

<sup>20</sup> Alberto Lyon, "El concepto de persona y su papel en nuestro sistema legal: Análisis crítico del fallo del Tribunal Constitucional que declaró la constitucionalidad de la ley que despenalizó el aborto en tres causales", *Revista Jurídica Digital UANDES*, Vol. 2, n.º 2 (2018): 93-114. DOI: 10.24822/rjduandes.0202.6

En línea con esta prevención, suele afirmarse que el contenido jurídico del concepto de persona como sujeto de derecho se ha nutrido del desarrollo del personalismo ético kantiano. La concepción que tenemos del ser humano, al cual atribuimos un valor en sí mismo, se justifica en que aquel, *“de acuerdo con su peculiar naturaleza y su destino, está constituido para configurar libre y responsablemente su existencia y su entorno”*<sup>21</sup>. Ello ha penetrado en el derecho, y particularmente en el derecho civil, en la medida que consideramos a las personas como sujetos de derechos –y no objetos de derecho- capaces de participar de relaciones jurídicas constituidas por derechos subjetivos y deberes recíprocos.

Aquella noción de la persona como sujeto de derecho, es lo que Karl Larenz identifica como *“la transposición del concepto ético de persona a la esfera del derecho privado”*<sup>22</sup>. Las personas son sujetos de derecho pues son partícipes de una relación de respeto mutuo, llamada *“relación jurídica fundamental”*<sup>23</sup>, que sirve de base a toda convivencia en una comunidad jurídica y de toda relación jurídica en particular.

Esta concepción kantiana de las relaciones jurídicas y del concepto de persona como sujeto de derecho, tienen por fundamento la existencia de seres racionales, capaces para conocer el imperativo moral, lo cual los distingue de las otras entidades que lo rodean en el mundo, las que llamamos cosas. *“Los seres irracionales –afirma Kant- tienen solamente un valor relativo, como medios y, por ello, se llaman ‘cosas’; en cambio, los seres racionales son llamados ‘personas’ pues su naturaleza les distingue ya como fines en sí mismos, esto es, algo que no está permitido emplear simplemente como medio.”*<sup>24</sup>

De este modo, con la transposición del concepto ético de la persona a la esfera del derecho privado, la persona, en tanto ser racional, se posiciona como elemento

---

<sup>21</sup> Karl Larenz, *Derecho Civil: Parte General*. 3ª ed. (Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, 1978)

<sup>22</sup> *Idem*.

<sup>23</sup> *Idem*.

<sup>24</sup> Citando a Kant en su *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*. Karl Larenz, *Derecho Civil: Parte General*. 3ª ed. (Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, 1978)

central en la configuración del orden jurídico. Pero una perspectiva de la persona en el sentido kantiano, en donde la razón se presenta como fundamento de la personalidad, tiene por contrapartida el hecho de que implica marginar a quienes no se adecúan al estándar de racionalidad socialmente establecido, el cual, por lo demás, suele ser bastante exigente. Quien no supera el test de racionalidad, ve degradada su condición de persona, se convierte en sujeto de tutela y se le desconoce su autonomía moral.

Ahora bien, en la génesis de nuestro Código Civil, el concepto de persona, en realidad no está constituido por una fuerza ética en el sentido kantiano explicado anteriormente. Es decir, no se le *“atribuye al hombre, precisamente porque es persona en sentido ético, un valor en sí mismo –no simplemente como medio para los fines de otro- y, en ese sentido, una dignidad”*<sup>25</sup>, sino que se construye simplemente como una forma de dar solución al problema de la adquisición de derechos patrimoniales. Dicho de otro modo, en nuestro Código, el concepto de personalidad jurídica originalmente tiene utilidad en la medida que la persona es una entidad dotada de capacidad de goce, de ser titular de derechos.

Esta clase de capacidad de goce, en su vinculación con la personalidad, no se identifica con la noción amplia concebida actualmente, la cual incluye también derechos a los que se le asigna un valor supremo, como los son por ejemplo los derechos fundamentales. Andrés Bello concibe a la persona principalmente como sujeto de derechos patrimoniales, y por lo tanto *“como una noción técnica desprovista del valor institucional que le reconocemos hoy en día”*<sup>26</sup>. Aquello puede observarse, solo a modo de ejemplo, en la regulación relativa al principio y fin de la existencia legal de las personas, del Título II del Libro Primero, centrada principalmente en determinar qué ocurre con los derechos patrimoniales hereditarios,

---

<sup>25</sup> Esto en sentido contrario de lo que afirma. Karl Larenz, *Derecho Civil: Parte General*. 3ª ed. (Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, 1978).

<sup>26</sup> Alberto Lyon, "El concepto de persona y su papel en nuestro sistema legal: Análisis crítico del fallo del Tribunal Constitucional que declaró la constitucionalidad de la ley que despenalizó el aborto en tres causales", *Revista Jurídica Digital UANDES*, Vol. 2, n.º 2 (2018): 93-114. DOI: 10.24822/rjduandes.0202.6

tanto cuando la persona nace y es separada del vientre de su madre, como cuando ella muere, sea natural o presuntamente.

Sintomático de esta situación, es que en realidad el Código nunca define la capacidad de goce, sino solamente la capacidad legal y lo hace precisamente en el contexto del Libro Cuarto “De las obligaciones en general y de los contratos”, específicamente a propósito de la regulación de los requisitos para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad, lo que da cuenta de un enfoque eminentemente patrimonial.

Por cierto, la doctrina ha buscado establecer respuestas que den solución a la relación entre la capacidad y el patrimonio. Como nuestro código no establece una teoría general del patrimonio, ha sido la doctrina la cual ha intentado sistematizarla, sin generar aún un consenso<sup>27</sup>. Una teoría clásica, sostiene que el patrimonio se encuentra vinculado con la personalidad, pues sería una emanación del poder jurídico de la persona, pero sería una cosa distinta de la capacidad, todas las cuales comprenderían la esfera jurídica de la persona. La teoría clásica concibe al patrimonio como una universalidad jurídica, un conjunto de derechos y obligaciones, pero solo en cuanto estos sean susceptibles de apreciación pecuniaria. No obstante, a ella se enfrentan también certeras críticas, aludiendo a la artificialidad de sostener que una persona sin ningún bien apreciable pecuniariamente tenga patrimonio, como también la dificultad de esta teoría para explicar la sucesión de derechos.<sup>28</sup>

Una concepción como la del Código de Bello, donde se regula una capacidad basada en el patrimonio y centrada en el contrato, una que considera al individuo sobretodo como sujeto de derechos patrimoniales, resulta estéril para explicar en la actualidad esta figura<sup>29</sup>. Mientras que la noción de persona en sentido jurídico tiene como limitación que no logra expresar jurídicamente toda la realidad ontológica del ser

---

<sup>27</sup> Rodrigo Barcia, "Algunas críticas al Derecho Común y especialmente a la regulación de las incapacidades respecto del adulto mayor en el ordenamiento jurídico chileno", *Revista Chilena de Derecho Privado*, 23 (2014): 57-86. URL: <https://www.rchdp.cl/index.php/rchdp/article/view/121>

<sup>28</sup> *Idem.*

<sup>29</sup> *Idem.*

humano<sup>30</sup>, una capacidad de goce centrada eminentemente en el ámbito patrimonial, tampoco sirve para comprender la capacidad jurídica en toda su extensión, pues excluye la forma en la que se hacen valer otros intereses jurídicos relevantes en la modernidad.

Las problemáticas implicancias de una aproximación a la capacidad desde un enfoque patrimonialista se acentúan en el caso de ciertos grupos vulnerables, como las personas con discapacidad intelectual, cognitiva o psicosocial, adultos mayores, y en el caso de los niños, niñas y adolescentes. Como una consecuencia de la incapacitación jurídica absoluta desde este enfoque patrimonialista, estas personas deben enfrentar con mayores dificultades las barreras que le impiden el pleno ejercicio de sus derechos extrapatrimoniales, generalmente expresados como derechos fundamentales.

Es cierto que distinciones como las del derecho romano para negar la capacidad de goce a determinados individuos, obviamente hoy se encuentran superadas y nos resultan inaceptables. Como suele sostenerse, hoy no existen incapacidades de goce absolutas, sino solo incapacidades para adquirir o disponer de un derecho en particular<sup>31</sup>. No obstante, debiera resultar en un cuestionamiento constante el hecho de que en nuestro Derecho aun se excluya a determinados grupos de personas del ejercicio autónomo de sus derechos.

Mientras que la capacidad de goce se tiene por el mero hecho de ser persona, para poder ejercer tales derechos, nuestro ordenamiento exige elementos adicionales a la personalidad, negándole la capacidad de ejercicio a quienes no cumplan con ellos. Según explica el profesor Lyon Puelma, estos consistirían en *“la existencia real y concreta de una voluntad capaz de discernir con responsabilidad y con la debida*

---

<sup>30</sup> Alberto Lyon, "El concepto de persona y su papel en nuestro sistema legal: Análisis crítico del fallo del Tribunal Constitucional que declaró la constitucionalidad de la ley que despenalizó el aborto en tres causales", *Revista Jurídica Digital UANDES*, Vol. 2, n.º 2 (2018): 93-114. DOI: 10.24822/rjduandes.0202.6

<sup>31</sup> Alberto Lyon, *La persona natural*, (Santiago: Ediciones Universidad Católica de Chile, 2006).



*independencia o libertad cuales son los actos jurídicos patrimoniales o extrapatrimoniales que desea realizar*<sup>32</sup>.

Ello, según se sostiene por la doctrina tradicional, explicaría el porqué se atribuye incapacidad absoluta a determinadas personas. Conocido es que entre los autores que denominamos clásicos<sup>33</sup>, los incapaces absolutos lo serían pues carecerían absolutamente de voluntad. A juicio de Arenas Benavides, “*se ha impuesto como un dogma en el Derecho chileno la idea que no puede haber voluntad sin que previamente exista una capacidad*”<sup>34</sup>.

De acuerdo a ese dogma, la ley declara incapaces absolutos a los impúberes y a los dementes pues carecerían absolutamente de voluntad y en el caso de los sordos y sordomudos que no pueden darse a entender claramente, porque su voluntad sería imposible de conocer<sup>35</sup>. Incluso, se ha sostenido que los actos de los incapaces absolutos serían en efecto inexistentes, antes que absolutamente nulos<sup>36</sup>. En la clásica discusión entre Alessandri y Claro Solar, este último responde a tal afirmación, sosteniendo que la razón por la cual se sanciona con la nulidad absoluta y no la inexistencia, es porque los incapaces absolutos pueden aparentemente consentir<sup>37</sup>. En realidad la discusión ofrece pocas respuestas y continúa siendo sintomática de la perspectiva paternalista que repetidamente la doctrina ha tenido respecto de las personas con discapacidad, especialmente con discapacidad intelectual, cognitiva o psicosocial.

No obstante ser uno de los elementos más fundamentales del derecho civil, la voluntad es otro concepto que nuestro Código no define. Ciertamente, un concepto tan abstracto como la voluntad difícilmente puede tener una acepción unívoca. Así la

---

<sup>32</sup> *Idem*.

<sup>33</sup> Así ha sido sostenido por Alessandri, Somarriva, Larraín, Ducci. Ver: Sergio Arenas, "Hacia el fin del dogma 'voluntad es capacidad' en el derecho civil chileno", *Derecho y Justicia*, 3 (2013): 73-99. DOI: <https://doi.org/10.29344/07196377.3.1393>

<sup>34</sup> Sergio Arenas, "Hacia el fin del dogma 'voluntad es capacidad' en el derecho civil chileno", *Derecho y Justicia*, 3 (2013): 73-99. DOI: <https://doi.org/10.29344/07196377.3.1393>

<sup>35</sup> Alberto Lyon, *La persona natural*, (Santiago: Ediciones Universidad Católica de Chile, 2006)

<sup>36</sup> Sergio Arenas, "Hacia el fin del dogma 'voluntad es capacidad' en el derecho civil chileno", *Derecho y Justicia*, 3 (2013): 73-99. DOI: <https://doi.org/10.29344/07196377.3.1393>

<sup>37</sup> *Idem*.

doctrina ha intentado dar luces sobre su contenido. El reconocido jurista francés René Demogue definía la voluntad como la *“coordinación jerárquica de nuestros deseos”*<sup>38</sup>. En nuestro contexto, don Avelino León Hurtado nos ofrece una definición más simple: la voluntad es *“la facultad que nos permite hacer o no hacer lo que deseamos”*<sup>39</sup>.

A propósito de la teoría general del acto jurídico, nos señala que *“la voluntad del individuo es el resorte que mueve y da vida al derecho, tanto porque el derecho es un producto social regulador de la conducta humana, cuanto porque la voluntad de cada individuo en particular ha tenido siempre un valor preponderante, reconocido por el derecho objetivo.”*<sup>40</sup>

De ahí que se señale que uno de los principios que inspira el derecho civil es precisamente la autonomía de la voluntad. En nuestro derecho, la voluntad opera como una fuente de las obligaciones, de acuerdo al artículo 1437, y por ello cobra relevancia principalmente a propósito del acto jurídico, siendo su primer requisito de existencia y el elemento fundamental que lo caracteriza. De hecho, aún cuando todos los elementos de existencia y validez del acto resultan indispensables para su perfeccionamiento o eficacia, la voluntad contiene en sí todos esos elementos<sup>41</sup>.

## **1.2. LA INCAPACITACIÓN JURÍDICA HA SIDO TRADICIONALMENTE ENTENDIDA COMO UNA MANIFESTACIÓN DE LA PROTECCIÓN A LA LIBERTAD CONTRACTUAL**

En el desarrollo fecundo de la burguesía adquisitiva y de las doctrinas del liberalismo, que marcaron la proliferación del movimiento codificador hacia el siglo XIX, la voluntad, principalmente en materia contractual, opera como corolario de la libertad. Así, comúnmente se habla de la “libertad contractual” en referencia a la primacía de

---

<sup>38</sup> René Demogue, *Traité des obligations en général*, Vol. 7, (Paris: Schmidt Periodicals, 1933)

<sup>39</sup> Avelino León, *La voluntad y la capacidad en los actos jurídicos*, 4ª ed. (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1991)

<sup>40</sup> *Idem.*

<sup>41</sup> *Idem.*

la voluntad como fuente de la obligatoriedad de los contratos. Los códigos decimonónicos son “*el producto de una sociedad basada en el concepto liberal de que una vez que el individuo se libera de las restricciones de la tradición y de todas las formas de autoridad, sean éstas feudales, políticas o religiosas, alcanzará la suficiente madurez para escoger su destino y gozará de libertad para dar a su vida el curso que mejor convenga a sus intereses*”<sup>42</sup>.

Esta visión de la voluntad implica un modo particular de articulación social, donde la libertad, como valor fundamental, requiere ser protegida y maximizada mediante la adecuación de los contornos de los poderes públicos y las presiones sociales.

Tradicionalmente, los argumentos que justifican la organización jurídica en relación a la protección de la libertad giran en torno a, principalmente, dos elementos<sup>43</sup>. Por una parte, el cometido primordial de todo sistema jurídico es proteger la libertad de las personas y salvaguardar su poder de autodeterminación<sup>44</sup>, es decir, reconocer el valor de la autonomía de la voluntad. La idea que subyace al contrato es el compromiso que implica un acuerdo, ya que al celebrar el contrato las partes aceptan que éste debe expresar sus derechos y responsabilidades<sup>45</sup>.

Por otro lado, en la protección de la libertad hay un argumento de tipo utilitario, y refiere a que la intervención coercitiva de los poderes públicos mediante la ejecución de los contratos, se justifica en la medida que puede significar una contribución mayor para la satisfacción de las necesidades colectivas, en vista a la escasez de recursos.

La autonomía de la voluntad es entonces la manifestación jurídica del liberalismo por antonomasia, es la consagración de la autoridad que se confiere a cada individuo para ser dueño de su propio destino, de su libertad para decidir qué y con quién

---

<sup>42</sup> Konrad Zweigert y Hein Kötz, *Introducción al derecho comparado*. 3ª ed.(México: Oxford University Press, 2002).

<sup>43</sup> *Idem*.

<sup>44</sup> *Idem*.

<sup>45</sup> Citando a Flume (1975) en: Konrad Zweigert y Hein Kötz, *Introducción al derecho comparado*. 3ª ed.(México: Oxford University Press, 2002).

contratar. En consecuencia, bajo esta visión libertaria, la intervención del ordenamiento jurídico debe limitarse a hacerse cargo de establecer mecanismos mínimos de protección a la integridad de las transacciones, sin que los poderes públicos estén autorizados a entrar a ponderar la equidad o inequidad del contenido de los contratos. Como nos ilustra Zweigert *“en la adquisitiva sociedad burguesa fundada en la libertad de contrato, de comercio y de competencia, parecía paternalista y prejuicioso para la seguridad legal aplicar un precepto que permitiera a los tribunales rescindir contratos solo porque resultaban inequitativos, ya que se consideraba a la persona suficientemente inteligente y emprendedora como para actuar de manera responsable y de acuerdo con sus propios intereses”*<sup>46</sup>.

En este contexto, el desarrollo del principio de libertad contractual y la autonomía de la voluntad transforman al contrato en el medio predilecto para tales efectos. Por ello, en la ponderación de consideraciones valiosas para la sociedad, como la promoción del libre tráfico de bienes frente a criterios de seguridad jurídica, se impone la necesidad de establecer restricciones a la validez de los contratos que sean más bien limitadas a criterios de orden público, la moral o la misma ley, o bien a sancionar ciertas deficiencias en su formación, como podrían ser los casos de vicios en el consentimiento.

Entre los criterios de orden público es donde precisamente podemos observar el flanco abierto que deja esta noción liberal como forma de articulación social y protección a la autonomía. Bien sabido es que no existen definiciones acabadas ni lo suficientemente precisas acerca del concepto de orden público. Entre las más reconocidas se encuentra la de Luis Claro Solar, quien señala que el orden público consiste en *“el arreglo de las instituciones indispensables a la existencia y funcionamiento del Estado y que miran a la constitución, a la organización y al movimiento del cuerpo social, así como las reglas que fijan el estado o capacidad de*

---

<sup>46</sup> Konrad Zweigert y Hein Kötz, *Introducción al derecho comparado*. 3ª ed.(México: Oxford University Press, 2002).

*las personas. En este sentido, orden público equivale a orden social*<sup>47</sup>. A su vez, Alessandri y Somarriva agregan que el orden público se vincula con el respeto a normas y principios que resguardan los intereses generales de la sociedad, el que resulta “*indispensable para mantener la organización de dicha sociedad, el buen funcionamiento de las instituciones básicas que la configuran*”<sup>48</sup>.

Por lo tanto, en la noción de orden público, concepto centrado en el principio de protección de intereses colectivos fundamentales para la sociedad, mediante la imposición de normas indisponibles para los individuos, se encuentran los fundamentos a los límites que el ordenamiento jurídico contempla para el ejercicio de la autonomía de las personas. Entre esos límites, y como refiere explícitamente Claro Solar, hayamos precisamente la capacidad jurídica, entendida siempre como una institución de protección a la integridad de las transacciones jurídicas mediante la exclusión de determinados individuos considerados ineptos de actuar en autonomía, y por ende, inhabilitados para la participación social reconocida por el derecho. En parte, a eso se debe también que la noción de capacidad contenida en la regulación de los contratos se expanda a otras áreas del derecho, por ejemplo fundando limitaciones al ejercicio de derechos políticos.

Siendo las normas de capacidad jurídica materia de orden público, la pregunta que debiéramos hacernos es si la exclusión y marginación de determinados grupos de individuos puede encontrarse en armonía con los intereses generales de una sociedad cada vez más comprometida con la inclusión y la promoción de la autonomía. ¿Es la incapacidad absoluta un mecanismo adecuado y necesario para la protección de la seguridad jurídica, en sacrificio de la autonomía? Una respuesta a esta interrogante, puede hacerse a partir de la distinción filosófica entre *libertad positiva* y *libertad negativa*.

---

<sup>47</sup> Tomás Mac Hale, "Orden, orden público, y orden público económico", *Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*, Universidad de Chile, Cuarta Época, VIII, 8 (1968). URL: [http://web.uchile.cl/vignette/analesderecho/CDA/an\\_der\\_articulo/0,1361,SCID%253D2569%2526SID%253D210,00.html](http://web.uchile.cl/vignette/analesderecho/CDA/an_der_articulo/0,1361,SCID%253D2569%2526SID%253D210,00.html)

<sup>48</sup> *Idem*.

### 1.3. CUESTIONANDO LAS LIMITACIONES AL EJERCICIO DE LA AUTONOMÍA

Según Bach y Kerzner<sup>49</sup>, el enfoque tradicional para proteger la autonomía ha sido eminentemente uno de libertad negativa. Esto es, el Estado no interviene para determinar cuál es el mejor camino a seguir por los individuos, sino que protege el derecho de cada uno a definirlo y perseguirlo por sí mismo. El rol del Estado consiste en establecer una serie de limitaciones generales a las decisiones y elecciones individuales, mediante, por ejemplo, el derecho penal, la ejecución de los contratos, la responsabilidad extracontractual, normas sanitarias, entre otras.<sup>50</sup>

Desde la perspectiva de la libertad negativa, para proteger esta autonomía, primero es necesario definir quien no puede ejercer autonomía, estableciendo un perímetro entre competentes e incompetentes<sup>51</sup>, entre quienes demuestran suficientes capacidades para entender determinada información y comprender las consecuencias de sus acciones y quienes no. Estos últimos son definidos usualmente como mentalmente incompetentes o incapaces de ejercer su autonomía.<sup>52</sup> En nuestro contexto, como dementes, locos, incapaces absolutos.

En la filosofía liberal, la concepción sobre la persona y el reconocimiento del ser humano parece fundarse en ciertas características morales y mentales esenciales: nuestra independencia, nuestra capacidad para formular juicios racionales completos y nuestra autonomía moral<sup>53</sup>. Desde la perspectiva de una teoría de justicia, esta noción presupone un elevado grado de racionalidad de parte de quienes participan de la negociación de los términos fundamentales y de los principios que definen la justicia política<sup>54</sup>.

---

<sup>49</sup> Michael Bach y Lara Kerzner, *A New Paradigm for Protecting Autonomy and the Right to Legal Capacity*, (Ontario: Law Commission of Ontario, 2010). <https://www.lco-cdo.org/wp-content/uploads/2010/11/disabilities-commissioned-paper-bach-kerzner.pdf>

<sup>50</sup> *Idem*.

<sup>51</sup> *Idem*.

<sup>52</sup> *Idem*.

<sup>53</sup> Citando a Sevenhuijsen (1999). Nicolás Espejo, "Introducción: Persona, autonomía y capacidad", en *Discapacidad intelectual y Derecho*, ed. y coord. por Nicolás Espejo y Fabiola Lathrop (Santiago: Thomson Reuters, 2019), 2-21.

<sup>54</sup> Nicolás Espejo, "Introducción: Persona, autonomía y capacidad", en *Discapacidad intelectual y Derecho*, ed. y coord. por Nicolás Espejo y Fabiola Lathrop (Santiago: Thomson Reuters, 2019), 2-21.

Una concepción de justicia entendida de este modo, tiene como limitación que los individuos que forman parte de las definiciones que dan la estructura básica de la sociedad son aquellos que pueden ser descritos como “*libres, iguales e independientes*” o como “*miembros plenamente cooperantes a lo largo de una vida completa*”.<sup>55</sup> Como contrapartida, resulta evidente que tal concepción excluye del debate acerca de la conformación social a aquellos grupos de personas que no se acomoden a este modelo, el que exige una especie de reciprocidad productiva para ser considerados como sujetos plenos de derechos<sup>56</sup>.

Como decíamos, la libertad, además de una dimensión negativa, puede ser entendida positivamente, sin que ellas sean mutuamente excluyentes. Desde una visión de libertad positiva, las personas no ejercitamos nuestra autonomía aisladamente, sino que de forma relacional, interdependiente e intersubjetivamente con otros<sup>57</sup> Evolucionamos y nos damos cuenta de nuestras capacidades autónomas en relación con los demás y de acuerdo a las condiciones sociales, económicas y políticas que lo hacen posible<sup>58</sup>. Ello cobra particular relevancia respecto de personas con discapacidad, pero también respecto de todos quienes encuentren alguna clase de dificultad contextual para su propia realización personal. Para Bach, estas dos dimensiones de la libertad son esenciales para una completa y robustecida teoría de la autonomía<sup>59</sup>.

Este punto es relevante pues contribuye a destruir el mito del ejercicio independiente de la autonomía. Ciertamente, lo que resulta común es que todas las personas recurramos a otras para asesorarnos y solicitar apoyo en la toma de decisiones que

---

<sup>55</sup> Citando a Locke y a Rawls. Nicolás Espejo, "Introducción: Persona, autonomía y capacidad", en *Discapacidad intelectual y Derecho*, ed. y coord. por Nicolas Espejo y Fabiola Lathrop (Santiago: Thomson Reuters, 2019), 2-21.

<sup>56</sup> Nicolás Espejo, "Introducción: Persona, autonomía y capacidad", en *Discapacidad intelectual y Derecho*, ed. y coord. por Nicolas Espejo y Fabiola Lathrop (Santiago: Thomson Reuters, 2019), 2-21.

<sup>57</sup> Michael Bach y Lara Kerzner, *A New Paradigm for Protecting Autonomy and the Right to Legal Capacity*, (Ontario: Law Commission of Ontario, 2010). <https://www.lco-cdo.org/wp-content/uploads/2010/11/disabilities-commissioned-paper-bach-kerzner.pdf>

<sup>58</sup> *Idem*.

<sup>59</sup> *Idem*.

estimamos importantes o complejas, sin que por ello se cuestione nuestra autonomía.

Lo expuesto hasta el momento permite replantearnos algunos principios que rigen el ordenamiento jurídico, y exige, en definitiva, cuestionarnos los argumentos que establecen mecanismos para limitar el ejercicio de derechos a personas con discapacidad. Sobre ello, Benavides López nos ofrece algunas reflexiones desde una mirada de los derechos humanos que consagra la noción de “capacidad universal”, proponiendo una primacía de la libertad de elección sobre el resultado de esta, junto a potenciar y no anular la autonomía<sup>60</sup>.

En primer término, señala que el lugar que ocupa el criterio de racionalidad en la noción de capacidad concebida por nuestro ordenamiento, resulta idealizado y sobrevalorado frente a las evidencias que demuestran que *“la toma de decisiones es un proceso en el que se mezclan diversos factores racionales e irracionales, naturales o individuales y sociales”*<sup>61</sup>. Por otra parte, se cuestiona la opresión ejercida sobre un colectivo justificada en la hegemonía de unas capacidades sobre otras. En consecuencia, sostiene que el reconocimiento a la capacidad de elección es fundamental para el desarrollo de la autonomía, lo cual resulta incompatible con una visión paternalista y restringida de ella, una que valora más el resultado de una elección que la propia acción, la libertad de elegir.<sup>62</sup>

La exclusión de la posibilidad de elegir, en el caso de las personas con discapacidad intelectual, se manifiesta en una aparente forma de protección, pero no resulta en otra cosa, sino, que en un disfraz a las carencias y limitaciones propias del entramado social que hemos construido por y para quienes presentan aquellas habilidades que superan un test de racionalidad objetivo. Pero además, desde un punto de vista subjetivo, en el caso de las PcDICP, la propia situación de

---

<sup>60</sup> Álvaro Benavides, “Los derechos de las personas con discapacidad intelectual en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos”, en *Discapacidad intelectual y Derecho*, ed. y coord. por Nicolás Espejo y Fabiola Lathrop (Santiago: Thomson Reuters, 2019), 32-53.

<sup>61</sup> *Idem.*

<sup>62</sup> *Idem.*



discapacidad es social y jurídicamente percibida como equivalente a incompetencia y carencia de racionalidad suficiente. La presunción de incompetencia de las personas con discapacidad, fundada en la discapacidad, y no en otros criterios, circunstancia que proviene de un enfoque médico ya superado, es a todas luces una forma de discriminación arbitraria.

Por ello, la atribución de incapacidad a las personas con discapacidad intelectual, cognitiva o psicosocial es preocupante, pues perpetúa el fenómeno social en el que los individuos incapacitados jurídicamente dejan de ser considerados como personas por derecho propio, cuando el mismo sistema legal restringe su capacidad de ejercicio<sup>63</sup>. Ello contribuye con el riesgo de estereotipificación, cosificación, y otras formas de exclusión, e incrementa la vulnerabilidad ante el abuso, negligencia y explotación<sup>64</sup>.

Una nueva perspectiva de capacidad universal, donde la autonomía es potenciada y prima el derecho a elección sobre los resultados, incide en una teoría de los derechos, pues exige rebalancear el conflicto entre la protección y autonomía<sup>65</sup>. Permite hacerse cargo de una cuestión que en realidad resulta bastante evidente: equivocarse y cometer errores es parte del crecimiento humano<sup>66</sup> y no un monopolio de las personas con discapacidad, por lo que consagrar el derecho a elegir es también una forma de fomentar el desarrollo personal y moral.

Vinculado a lo anterior, Espejo propone que una teoría de la justicia y los derechos, donde las personas con discapacidad intelectual tengan igual cabida, debe contemplar necesariamente dos cosas: en primer lugar, un trato igualitario y de respeto, que reconozca su inalienable capacidad para ejercer derechos y acceder a

---

<sup>63</sup> Michael Bach y Lara Kerzner, *A New Paradigm for Protecting Autonomy and the Right to Legal Capacity*, (Ontario: Law Commission of Ontario, 2010). <https://www.lco-cdo.org/wp-content/uploads/2010/11/disabilities-commissioned-paper-bach-kerzner.pdf>

<sup>64</sup> *Idem*.

<sup>65</sup> Álvaro Benavides, "Los derechos de las personas con discapacidad intelectual en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos", en *Discapacidad intelectual y Derecho*, ed. y coord. por Nicolas Espejo y Fabiola Lathrop (Santiago: Thomson Reuters, 2019), 32-53.

<sup>66</sup> Michael Bach y Lara Kerzner, *A New Paradigm for Protecting Autonomy and the Right to Legal Capacity*, (Ontario: Law Commission of Ontario, 2010). <https://www.lco-cdo.org/wp-content/uploads/2010/11/disabilities-commissioned-paper-bach-kerzner.pdf>

las mismas oportunidades que habilitan el diseño de una vida que pueda ser llamada propia; y en segundo lugar, pero igualmente relevante, el acceso a una red de apoyos permanentes y cuidados que les permitan conseguir el nivel de vida que desean y aquellos que sirvan de soporte para la toma de sus decisiones personales<sup>67</sup>.

Precisamente, a ese lugar es hacia donde debe encaminarse con urgencia el trabajo legislativo, en cumplimiento con las obligaciones que impone la CDPD y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, garantizando normativamente la igualdad en el reconocimiento a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, derogando los mecanismos de sustitución forzada de la voluntad, y en cambio estableciendo sistemas de apoyo en la toma de decisiones que maximicen la autonomía de todas las personas que lo requiera, así como mecanismos procedimentales adecuados que salvaguarden los intereses de dichas personas ante posibles abusos u otra clase de vulneraciones.

---

<sup>67</sup> Nicolás Espejo, "Introducción: Persona, autonomía y capacidad", en *Discapacidad intelectual y Derecho*, ed. y coord. por Nicolás Espejo y Fabiola Lathrop (Santiago: Thomson Reuters, 2019), 2-21.

## 2. CAPITULO II. EL CAMBIO DE PARADIGMA ACERCA DE LA DISCAPACIDAD Y SUS IMPLICANCIAS EN EL ÁMBITO JURÍDICO

### 2.1. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL CONCEPTO DE DISCAPACIDAD: MODELOS DE TRATAMIENTO DE LA DISCAPACIDAD

Las dificultades que plantea la discapacidad han sido abordadas desde distintas disciplinas, con enfoques que han ido variando a lo largo de la historia. La medicina, sociología, psicología, arquitectura, filosofía, e incluso la teología, han desarrollado desde sus propias metodologías y objetos un acercamiento a la discapacidad, buscando respuestas a cuáles son sus orígenes, sus manifestaciones biopsicosociales, o a la forma en la cuál interactúa con la sociedad. En el ámbito del derecho, frecuentemente influenciado por el desarrollo de otras ciencias, la aproximación hacia la discapacidad ha transitado desde primitivas formas de ocultamiento y exclusión, a discutir actualmente y con mayor seriedad, de qué manera el Estado se hace cargo de tutelar los derechos de las personas con discapacidad y asegurar su participación efectiva en el tráfico jurídico, en armonía con los principios que rigen una sociedad democrática.

En este entendido, la interacción de las conclusiones alcanzadas por las diversas disciplinas en un preciso momento histórico, tecnológico o cultural, genera particular posición de la sociedad frente a la discapacidad, variable de acuerdo a cada coyuntura. Así, las distintas etapas caracterizadas por un determinado paradigma acerca de esta minoría han sido denominadas por la literatura como “*modelos de tratamiento de la discapacidad*”<sup>68</sup>, lo cuales pueden ser clasificados y caracterizados básicamente en tres: el modelo de prescindencia, el modelo rehabilitador (también llamado modelo médico) y el modelo social<sup>69</sup>.

---

<sup>68</sup> Agustina Palacios y Franciso Bariffi, *La discapacidad como una cuestión de derechos humanos: Una aproximación a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*. (Madrid: Ediciones Cinca, 2007)

<sup>69</sup> *Idem*.

### 2.1.1. Modelos de tratamiento de la discapacidad obsoletos: el modelo de prescindencia y el modelo médico-rehabilitador.

En la antigüedad y en la Edad Media predominaba el llamado *modelo de prescindencia*<sup>70</sup>. Fuertemente ligado a concepciones religiosas, concebía a las personas con discapacidad como fecundadas por males diabólicos o inútiles para la comunidad, razón por la cual eran eliminadas o en el mejor de los casos, marginadas y sometidas<sup>71</sup>. Común era en la antigua Grecia el infanticidio, y en la Edad Media, que niños y niñas con discapacidad fueran objeto de caridad y se dedicaran a la mendicidad o al entretenimiento como forma de supervivencia<sup>72</sup>. En el caso de las discapacidades intelectuales y psíquicas era natural relacionarlas con el demonio y castigarlas duramente.

En el caso de la discapacidad intelectual y mental o psicosocial, hasta el siglo XVIII, estas se encontraban denominadas bajo la noción de “locura” y de “demencia”. Si bien la locura era relativamente tolerada y la sociedad podía vivir con ella, aquello ocurría siempre y cuando esta no adoptara formas consideradas como extremas o peligrosas que implicaran la necesidad de reclusión social.<sup>73</sup>

Desde inicios del siglo XIX, comienza a concebirse un modelo que considera que las causas que dan origen a la discapacidad son científicas, denominado como *modelo Médico o Rehabilitador*<sup>74</sup>. Con la consolidación del Estado burgués y los radicales cambios sociales, económicos y científicos, se instala un ideal normalizador, en el cual la persona con discapacidad deja de ser considerada inútil, pero siempre en la medida que sean *rehabilitadas*<sup>75</sup>. Así, en el siglo XIX y XX la discapacidad empieza a ser caracterizada como una “anormalidad”, como una limitación de origen científico-

---

<sup>70</sup> *Idem.*

<sup>71</sup> *Idem.*

<sup>72</sup> *Idem.*

<sup>73</sup> Sebastián Fortuna, "Aproximaciones al régimen de la capacidad en el Proyecto de Reforma de los Códigos Civil y Comercial de la Nación", *Revista Jurídica*, 17 (2013): 204-231. URL: <http://dspace.uces.edu.ar:8180/xmlui/handle/123456789/2147>.

<sup>74</sup> Agustina Palacios y Franciso Bariffi, *La discapacidad como una cuestión de derechos humanos: Una aproximación a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*. (Madrid: Ediciones Cinca, 2007)

<sup>75</sup> *Idem.*

médico que impide la realización de labores estimadas como normales por el resto de la sociedad.

Debido a las comunes lesiones de guerra o accidentes laborales, las personas con discapacidad, principalmente aquellas con deficiencias de origen físicas y sensoriales, correspondían ser reintegradas a la sociedad mediante la rehabilitación y la asistencia económica traducidas en la implementación de políticas estatales, razón por la cual comienza a asociarse a la discapacidad con el ámbito de la seguridad social<sup>76</sup>.

En el marco del modelo rehabilitador y en su ideal normalizador, comienzan también las prácticas de aislamiento, donde el “loco” era visto como alguien con una perturbación que implicaba un perjuicio o peligrosidad a la misma sociedad<sup>77</sup>, debiendo ser institucionalizado, normalizado y eventualmente rehabilitado, mediante su internación en manicomios, como una forma de prevención. En el mejor de los casos, bajo este modelo las personas con discapacidad intelectual son educadas en sistemas especiales, y de todas formas, apartadas del resto de la sociedad.

De la mano de estas prácticas, la locura pasa a ser vista como una patología, comienza a medicalizarse y ser tratada como una “enfermedad mental”. Simultáneamente, desde otra perspectiva, la discapacidad se convierte en una preocupación de orden social, una cuestión de índole público e higiénica y no ya en un problema relativo al ámbito privado y de la familia.<sup>78</sup> De este modo, en lo que concierne al derecho, se elaboran políticas destinadas a otorgar servicios sociales, pero también se establecen nuevos procedimientos legales de exclusión y

---

<sup>76</sup> *Idem.*

<sup>77</sup> Sebastián Fortuna, "Aproximaciones al régimen de la capacidad en el Proyecto de Reforma de los Códigos Civil y Comercial de la Nación", *Revista Jurídica*, 17 (2013): 204-231. URL: <http://dspace.uces.edu.ar:8180/xmlui/handle/123456789/2147>

<sup>78</sup> *Idem.*

representación, fortaleciendo instituciones jurídicas como la incapacitación y la tutela<sup>79</sup>.

En ello influyen las formulaciones de la incipiente psiquiatría alienista, la cual establece como base a sus planteamientos la supuesta existencia de ciertas anomalías inmodificables que serían propias a determinados sujetos humanos, y que requieren de un tratamiento médico psiquiátrico específico<sup>80</sup>.

Si bien, este paradigma significó un avance con respecto al tratamiento que previamente recibía la discapacidad, hacia inicios de los años sesenta, principalmente en EE.UU. e Inglaterra, también comienzan a surgir críticas a los fundamentos de este modelo<sup>81</sup>. Estas aparecen como un reproche al discurso que sitúa el problema de la discapacidad en la persona que presenta alguna deficiencia para realizar las labores que la sociedad –más bien la visión imperante de la sociedad- estima como normales. En ese sentido, advierten que es la sociedad la que recurre a ocultar las diferencias como método de integración<sup>82</sup>, en vez de visibilizarlas como un aspecto de la diversidad inexorable de la naturaleza humana.

Estas ideas emergentes permiten transitar hacia el denominado *modelo social de derechos humanos*, el cual se caracteriza por centrar el problema de la discapacidad no ya exclusivamente en las limitaciones individuales, sino que en las restricciones originadas por las barreras que la sociedad en su conjunto impone en perjuicio de quienes presentan algún tipo de deficiencia.

En consecuencia, la noción de discapacidad se transforma en un problema que exige imperativamente de la acción institucional del Estado, superando el énfasis en

---

<sup>79</sup> Francisco Bariffi, "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, Universidad Carlos III de Madrid, 2014), <http://hdl.handle.net/10016/18991>

<sup>80</sup> Sebastián Fortuna, "Aproximaciones al régimen de la capacidad en el Proyecto de Reforma de los Códigos Civil y Comercial de la Nación", *Revista Jurídica*, 17 (2013): 204-231. URL: <http://dspace.uces.edu.ar:8180/xmlui/handle/123456789/2147>

<sup>81</sup> Agustina Palacios y Francisco Bariffi, *La discapacidad como una cuestión de derechos humanos: Una aproximación a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*. (Madrid: Ediciones Cinca, 2007)

<sup>82</sup> *Idem*.

aquellas políticas dirigidas a la asistencia, y en cambio, centrando dicha actividad en derribar las barreras erigidas en exclusión de determinados individuos. Como contrapartida, de ello deriva la necesidad de dar un más preciso reconocimiento a los derechos fundamentales de las personas con discapacidad, los cuales permitan hacer exigibles tales acciones.

Una aproximación de esta forma determina un modelo de tratamiento de la discapacidad como social y de derechos humanos, porque la identifica como una falla de la sociedad para acomodarse a las necesidades de las personas con discapacidad, siendo precisamente ello lo que genera una desventaja discapacitante, y no una condición mental, sensorial o física inherente a un individuo.<sup>83</sup>

### 2.1.2. El concepto de discapacidad en el modelo social de derechos humanos plasmado en la CDPD de las Naciones Unidas

Este discurso es recogido en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD) y su Protocolo Facultativo, celebrada en Nueva York el año 2006, y ratificada por Chile el año 2008, la cual cuenta actualmente con 182 Estados partes<sup>84</sup>. Este Instrumento se funda en promover el respeto a la dignidad inherente de las personas con discapacidad<sup>85</sup> estableciendo una serie de obligaciones y compromisos de los Estados Parte en orden a garantizar a las personas con discapacidad el ejercicio de sus derechos en igualdad de oportunidades, el establecimiento de mecanismos adecuados para aquello, el robustecimiento de la institucionalidad y la exigencia de realizar modificaciones de parte importante de la

---

<sup>83</sup> Michael Bach y Lara Kerzner, *A New Paradigm for Protecting Autonomy and the Right to Legal Capacity*, (Ontario: Law Commission of Ontario, 2010). <https://www.lco-cdo.org/wp-content/uploads/2010/11/disabilities-commissioned-paper-bach-kerzner.pdf>

<sup>84</sup> Office of the High Commissioner for Human Rights. Status of Ratification: Interactive Dashboard. [En línea] <<https://indicators.ohchr.org/>>

<sup>85</sup> Así se dispone en el artículo 1 de la Convención, el cual establece que el objeto del instrumento es “promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente”. ONU. Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad. Nueva York. 2008.

legislación<sup>86</sup>. A su vez, como será profundizado más adelante, opera como guía a la forma en la cual deben abordar la discapacidad.

Un aspecto importante que permite entender de mejor manera lo expuesto, es que con el modelo social de derechos humanos se instala una distinción conceptual primordial entre lo que denominamos “discapacidad” (*disability*) y una cuestión distinta, aunque vinculada con ella, que es la “deficiencia” (*impairment*). En el modelo social, la deficiencia es solo uno más de los elementos que integran la descripción del fenómeno que llamamos discapacidad.

Otro punto a destacar en estos avances teóricos, es el reconocimiento del carácter evolutivo de la discapacidad, no solo en el entendido de que este no es un concepto estático, sino también porque al ser un fenómeno social, está constantemente expuesto a los cambios que la propia sociedad va experimentando.

Tanto la distinción entre discapacidad y deficiencia, como el aspecto evolutivo de la discapacidad, son incorporados por la CDPD en su preámbulo al sostener que *“La discapacidad es un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones que los demás”*.<sup>87</sup>

Por lo mismo, en la redacción que utiliza la CDPD al momento de conceptualizar qué es lo que entiende por persona con discapacidad, se establece en su artículo 1º que *“Las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás.”*

---

<sup>86</sup> ONU. Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad. Nueva York. 2008.

<sup>87</sup> Así se dispone en el preámbulo, letra e). ONU. Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad. Nueva York. 2008.



De este modo, se observa que bajo el modelo social de derechos humanos la deficiencia no opera como sinónimo de discapacidad, lo cual marca una distancia con el modelo médico. El criterio que caracteriza a la persona con discapacidad es la circunstancia de que, teniendo aquella alguna deficiencia, pueda verse impedida de participar plena y efectivamente en la sociedad, al interactuar con diversas barreras que esta le impone.

Por otra parte, la CDPD no establece una categoría acabada de clases de deficiencias, sino que se limita a mencionar las que en la actualidad prevalecen, típicamente de naturaleza física, intelectual, mental o sensorial.<sup>88</sup> En virtud de ello cuando se habla de las distintas clases de discapacidad, generalmente en categorías como discapacidad física, sensorial, intelectual, cognitiva o psicosocial, estas no se definen solo en base a la deficiencia, sino más bien por las dificultades de la vida diaria que las caracterizan.

De lo expuesto hasta ahora, resulta fundamental comprender entonces, en primer lugar, que la situación de discapacidad no es una condición estática y puede mejorar mediante técnicas de apoyo, estimulación e inclusión. No obstante, las personas en situación de discapacidad aún corresponden a un grupo social vulnerable e invisibilizado del debate público, especialmente las personas con discapacidad intelectual. Como sociedad debería resultarnos preocupante que éstas aún están expuestas a aislamiento social, desempleo, una salud precaria, violencia, discriminación y grandes dificultades para competir en ambientes sociales cada vez más complejos y demandantes<sup>89</sup>, siendo todas estas cuestiones sobre las cuales el derecho puede y debe dar alguna respuesta.

En ese sentido, todo parece indicar que los pasos necesarios a dar en nuestros días para adecuarnos a un paradigma moderno deben ser bastante más radicales,

---

<sup>88</sup> ONU. Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad. Nueva York. 2008.

<sup>89</sup> De acuerdo a lo afirmado por Angela Hassiotis (University College of London) en el seminario "Ideas inspiradoras por la participación social en discapacidad intelectual" organizado por la Universidad de Los Andes (2019). SENADIS. Sala de Prensa. [En línea] <[https://www.senadis.gob.cl/sala\\_prensa/d/noticias/8034](https://www.senadis.gob.cl/sala_prensa/d/noticias/8034)>.

dirigidos no solo a derogar normas que contienen referencias fundadas en ese tipo de aproximaciones anticuadas y discriminatorias acerca de las personas con discapacidad, sino que principalmente a construir una institucionalidad que garantice el respeto a los derechos fundamentales, remueva las barreras y promueva la inclusión en todos los ámbitos de la sociedad, lo cual significa reconocer a las personas con discapacidad como sujetos de derecho en las mismas condiciones que los y las demás. Inclusión es valorar las diferencias, no invisibilizarlas.

## 2.2. LA DISCAPACIDAD COMO CUESTIÓN DE DERECHOS HUMANOS

### 2.2.1. La importancia de tratar la discapacidad como cuestión de DD.HH.

Una cuestión bastante aceptada y que subyace a los derechos humanos, es que estos se fundan en la idea de dignidad humana. Precisamente de ella derivan principios como la igualdad y la no discriminación, los cuales, en sus múltiples dimensiones y sentidos, sirven como inspiración y contorno a las normas jurídicas. En nuestros días, existe consenso acerca de que el cambio de paradigma que instala el modelo social se traduce en la exigencia de abordar la discapacidad con un enfoque de derechos humanos<sup>90</sup>. Según sostiene Cuenca Gómez *“manejar un enfoque de derechos humanos implica tomarse en serio la idea de que las personas con discapacidad son sujetos que poseen los mismos derechos que el resto de los ciudadanos garantizando la igualdad y la no discriminación de este colectivo en su titularidad, disfrute, protección y ejercicio.”*<sup>91</sup>

El modelo social de discapacidad comparte muchos de los valores que sustentan a los derechos humanos tales como la dignidad, la autonomía, la igualdad y la

---

<sup>90</sup> Agustina Palacios y Franciso Bariffi, *La discapacidad como una cuestión de derechos humanos: Una aproximación a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*. (Madrid: Ediciones Cinca, 2007)

<sup>91</sup> Patricia Cuenca, "La capacidad jurídica de las personas con discapacidad: el art. 12 de la Convención de la ONU y su impacto en el ordenamiento jurídico español", *Derechos y Libertades* II, 24 (2011): 221-257, URL: <http://hdl.handle.net/10016/16150>

solidaridad<sup>92</sup>. Este aboga por la “*rehabilitación o normalización de una sociedad pensada y diseñada para hacer frente a necesidades universales*”<sup>93</sup>. Así, se requiere de la mano de los derechos humanos, para que la discapacidad deje de ser entendida en los términos de “normalización” o “rehabilitación” de un sujeto considerado como anormal, y comience a ser contemplada, más bien, como una anomalía de la sociedad<sup>94</sup>.

### 2.2.2. La Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad: los principios que la rigen y derechos que reafirma

En el plano jurídico, Chile ha suscrito y ratificado distintos instrumentos internacionales en materia de derechos sustantivos y no discriminación de personas con discapacidad. Desde luego, una serie de instrumentos de carácter general en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos, los que ciertamente incluyen también los derechos fundamentales de personas con discapacidad. Cabe mencionar también la suscripción en el año 2002 de la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad<sup>95</sup>. No obstante, el enfoque sobre la discapacidad en los términos antes planteados comienza a profundizarse a partir de la suscripción de la CDPD el año 2008.

---

<sup>92</sup> Agustina Palacios, "El modelo social de la discapacidad", en *Nueve conceptos claves para entender la Convención Sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, ed. por Salmon, E. y Bregaglio, R., (Lima: Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2014), 9-34.

<sup>93</sup> *Idem*.

<sup>94</sup> Rafael De Asis, "Derechos humanos y discapacidad. Algunas reflexiones derivadas del análisis de la discapacidad desde la teoría de los derechos", en *Igualdad, No discriminación y discapacidad*, coordinado por Ignacio Campoy y Agustina Palacios (Madrid: Dykinson, 2007) 17-50

<sup>95</sup> Esta Convención, suscrita y ratificada por Chile el año 2002, persigue que los Estados partes eliminen progresivamente toda forma de discriminación que vaya en contra de la dignidad, trato y ejercicio de los derechos de las Personas con Discapacidad. Ello se logra a través de las instrucciones propuestas por esta Convención, como adoptar las medidas de carácter legislativo, social, educativo, laboral o de cualquier otra índole, necesarias para eliminar la discriminación contra las personas con discapacidad; promover la integración por parte de las autoridades gubernamentales y/o entidades privadas en la prestación o suministro de bienes, servicios, instalaciones, programas y actividades, tales como el empleo, el transporte, las comunicaciones, la vivienda, la recreación, la educación, el deporte, el acceso a la justicia y los servicios policiales, y las actividades políticas y de administración; medidas para eliminar, en la medida de lo posible, los obstáculos arquitectónicos, de transporte y comunicaciones que existan; Medidas para asegurar que las personas encargadas de aplicar la Convención y la legislación interna sobre esta materia, estén capacitadas para hacerlo.

Este tratado, que se estructura sobre la base de un preámbulo, 50 artículos y un protocolo facultativo, guarda su relevancia en que avanza con mayor vigor en el reconocimiento de la discapacidad como un tema de derechos humanos, creando un instrumento que visibiliza a las personas con discapacidad como sujetos de derechos y les otorga herramientas jurídicas para ejercerlos y tutelarlos. Para tal cometido, crea obligaciones y compromisos entre los Estados partes en orden a promover y asegurar el pleno ejercicio de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales de las personas con discapacidad. La CDPD se convierte, por lo tanto, en un instrumento de total trascendencia para nuestro ordenamiento jurídico, pues establece directrices sobre las cuales debe guiarse la actividad legislativa e institucional en materia de discapacidad.

La técnica que utiliza la Convención consiste en la elaboración de un listado que contiene una serie de derechos humanos ya reconocidos por instrumentos anteriores de carácter general, adecuándolos en este caso a las necesidades particulares de las personas con discapacidad, de modo que pueda reafirmarse el principio de no discriminación en la aplicación del carácter universal e indivisible de los derechos humanos. Silva Barroilhet, de modo didáctico ilustra que estos derechos pueden ser clasificados en la forma que tradicionalmente la doctrina ha distinguido, es decir como derechos de primera generación (derechos civiles y políticos) y de segunda generación (derechos económicos, sociales y culturales).<sup>96</sup>

De esta manera, la CDPD se hace parte del hecho de que las personas con discapacidad constituyen aún un colectivo vulnerable a diversas formas de discriminación, y que por lo tanto, para poder garantizar el pleno ejercicio de estos derechos se requiere precisar, visibilizar y eliminar situaciones de discriminación y formas de perpetuar desventajas. Para ello, desde el artículo 2 de la Convención se ofrecen como herramientas de solución a las diferencias<sup>97</sup> el principio de *prohibición de la discriminación por causa de discapacidad* y el uso de *ajustes razonables*.

---

<sup>96</sup> Paula Silva, *La capacidad jurídica de las personas con discapacidad intelectual: Régimen jurídico chileno y bases para su modificación*. (Santiago: Thomson Reuters, 2017)

<sup>97</sup> *Idem*.

El “*principio de no discriminación*” se justifica en la dignidad de todas las personas, y en este sentido, viene a estructurar el desarrollo de gran parte de los acuerdos adoptados. Este se garantiza, por ejemplo, mediante el establecimiento de mecanismos especiales de apoyo, la eliminación o modificación de parte de la legislación interna de los Estados Partes en aquello que no se adecúe a lo acordado en la Convención, así como también la elaboración de legislación en los casos necesarios y un robustecimiento de la institucionalidad que permita alcanzar los objetivos propuestos, junto con la promoción del desarrollo de investigación y tecnologías que favorezcan la inclusión, entre otras obligaciones<sup>98</sup>.

Por su parte, por “*ajustes razonables*”, según se sostiene en el artículo 2 inc. 4, se entenderán las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales.

---

<sup>98</sup> Obligaciones generales: 1. Los Estados Partes se comprometen a asegurar y promover el pleno ejercicio de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales de las personas con discapacidad sin discriminación alguna por motivos de discapacidad. A tal fin, los Estados Partes se comprometen a:

- a) Adoptar todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean pertinentes para hacer efectivos los derechos reconocidos en la presente Convención;
- b) Tomar todas las medidas pertinentes, incluidas medidas legislativas, para modificar o derogar leyes, reglamentos, costumbres y prácticas existentes que constituyan discriminación contra las personas con discapacidad;
- c) Tener en cuenta, en todas las políticas y todos los programas, la protección y promoción de los derechos humanos de las personas con discapacidad;
- d) Abstenerse de actos o prácticas que sean incompatibles con la presente Convención y velar por que las autoridades e instituciones públicas actúen conforme a lo dispuesto en ella;
- e) Tomar todas las medidas pertinentes para que ninguna persona, organización o empresa privada discrimine por motivos de discapacidad;
- f) Empezar o promover la investigación y el desarrollo de bienes, servicios, equipo e instalaciones de diseño universal, con arreglo a la definición del artículo 2 de la presente Convención, que requieran la menor adaptación posible y el menor costo para satisfacer las necesidades específicas de las personas con discapacidad, promover su disponibilidad y uso, y promover el diseño universal en la elaboración de normas y directrices;
- g) Empezar o promover la investigación y el desarrollo, y promover la disponibilidad y el uso de nuevas tecnologías, incluidas las tecnologías de la información y las comunicaciones, ayudas para la movilidad, dispositivos técnicos y tecnologías de apoyo adecuadas para las personas con discapacidad, dando prioridad a las de precio asequible;
- h) Proporcionar información que sea accesible para las personas con discapacidad sobre ayudas a la movilidad, dispositivos técnicos y tecnologías de apoyo, incluidas nuevas tecnologías, así como otras formas de asistencia y servicios e instalaciones de apoyo;
- i) Promover la formación de los profesionales y el personal que trabajan con personas con discapacidad respecto de los derechos reconocidos en la presente Convención, a fin de prestar mejor la asistencia y los servicios garantizados por esos derechos.

El contenido de las obligaciones de la Convención se fundamenta en ocho principios generales, enunciados en el artículo tercero de la Convención<sup>99</sup>. La función de estos principios consiste, por supuesto, en introducir un marco de interpretación sobre los cuales debe ser tratada la discapacidad, pero también sirven para estructurar la Convención como una especie de carta de derechos fundamentales derivados de tales principios.

Algunos autores han sostenido que en realidad el principio fundamental que rige la convención es el de la *dignidad*, y que en efecto, todos los demás principios enunciados derivarían de ella<sup>100</sup>. El profesor Quinn, por su parte, ha ofrecido una forma simple pero más ilustrativa de identificar los derechos contenidos en la Convención, asociándolos a cuatro principios: la dignidad, la autonomía, la igualdad y la solidaridad<sup>101</sup>.

### 2.3. EL RECONOCIMIENTO A LA CAPACIDAD JURÍDICA COMO DERECHO HUMANO

Uno de los elementos centrales de la CDPD, son las obligaciones contenidas en su artículo 12, donde se consagra el derecho de las personas con discapacidad a un igual reconocimiento ante la ley, lo que implica –entre otros aspectos- el derecho a que les sea reconocida su capacidad jurídica en igualdad de condiciones.<sup>102</sup>

---

<sup>99</sup> Artículo 3°. Principios generales. Los principios de la presente Convención serán:

- a) *El respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas;*
- b) *La no discriminación;*
- c) *La participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad;*
- d) *El respeto por la diferencia y la aceptación de las personas con discapacidad como parte de la diversidad y la condición humanas;*
- e) *La igualdad de oportunidades;*
- f) *La accesibilidad;*
- g) *La igualdad entre el hombre y la mujer;*
- h) *El respeto a la evolución de las facultades de los niños y las niñas con discapacidad y de su derecho a preservar su identidad.*

<sup>100</sup> Paula Silva, *La capacidad jurídica de las personas con discapacidad intelectual: Régimen jurídico chileno y bases para su modificación*. (Santiago: Thomson Reuters, 2017)

<sup>101</sup> *Idem*.

<sup>102</sup> Artículo 12.

### 2.3.1. La mera titularidad de derechos es insuficiente

Desde una perspectiva de los derechos humanos, luego del logro político que significó la consagración de la titularidad de derechos universales, entendidos como aquellos que se tienen por el mero hecho de ser persona, se ha comenzado a identificar, no obstante, problemáticas respecto al ejercicio de estos derechos.

Como señala Bariffi, ello ha conducido a “*afinar la noción de que los derechos humanos no sólo están relacionados con la titularidad sino también con su ejercicio*”<sup>103</sup>. Dicho de otro modo, en el marco de los derechos humanos ha comenzado a asentarse la idea de que no basta el reconocimiento a la titularidad de derechos si estos no pueden ejercerse, tornando en inseparable la titularidad del ejercicio.

Esta situación parece ser bastante más notoria respecto de las personas con discapacidad intelectual, colectivo el cual en la mayoría de las legislaciones ve limitada o derechamente suprimida su capacidad jurídica a través de disposiciones dirigidas a cercenarles de la aptitud legal para ejercer sus derechos.

---

1. Los Estados Partes reafirman que las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica.

2. Los Estados Partes reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida.

3. Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica.

4. Los Estados Partes asegurarán que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos. Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas.

5. Sin perjuicio de lo dispuesto en el presente artículo, los Estados Partes tomarán todas las medidas que sean pertinentes y efectivas para garantizar el derecho de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, a ser propietarias y heredar bienes, controlar sus propios asuntos económicos y tener acceso en igualdad de condiciones a préstamos bancarios, hipotecas y otras modalidades de crédito financiero, y velarán por que las personas con discapacidad no sean privadas de sus bienes de manera arbitraria.

<sup>103</sup> Francisco Bariffi, "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, Universidad Carlos III de Madrid, 2014), <http://hdl.handle.net/10016/18991>

Por esto es que en el artículo 12 de la CDPD se establece una conexión entre la capacidad jurídica y los derechos humanos, obligando a los Estados partes a reconocer la capacidad jurídica de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones. Bajo el razonamiento de que las condiciones de acceso a la capacidad jurídica inciden en un sentido esencial en las posibilidades de ejercicio de los derechos humanos<sup>104</sup>, la conclusión resulta ser que sin un reconocimiento pleno de la capacidad jurídica no es posible acceder en igualdad de condiciones al ejercicio de los derechos humanos en general, y menos a los reconocidos por la propia CDPD<sup>105</sup>.

En ese sentido, la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos ha destacado que el artículo 12 de la CDPD adquiere un carácter central y valor instrumental para el disfrute de otros muchos derechos<sup>106</sup>.

### 2.3.2. Modelos de atribución de incapacidad jurídica.

La pertinencia de lo dispuesto por el artículo 12 se encuentra en que a la fecha en la cual se desarrolló la Convención, prácticamente todas las legislaciones contemplaban en sus respectivas regulaciones civiles internos mecanismos de exclusión, mediante la denegación de capacidad jurídica a ciertos grupos de personas y particularmente a personas con discapacidad intelectual y sensorial. Estos mecanismos han sido caracterizados bajo el concepto de “*modelos de atribución de incapacidad*”, y según el criterio utilizado para dicha atribución, se han

---

<sup>104</sup> Patricia Cuenca, "La capacidad jurídica de las personas con discapacidad: el art. 12 de la Convención de la ONU y su impacto en el ordenamiento jurídico español", *Derechos y Libertades* II, 24 (2011): 221-257, URL: <http://hdl.handle.net/10016/16150>

<sup>105</sup> Álvaro Benavides, "Los derechos de las personas con discapacidad intelectual en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos", en *Discapacidad intelectual y Derecho*, ed. y coord. por Nicolas Espejo y Fabiola Lathrop (Santiago: Thomson Reuters, 2019), 32-53.

<sup>106</sup> Patricia Cuenca, "La capacidad jurídica de las personas con discapacidad: el art. 12 de la Convención de la ONU y su impacto en el ordenamiento jurídico español", *Derechos y Libertades* II, 24 (2011): 221-257, URL: <http://hdl.handle.net/10016/16150>



clasificado en: modelos de atribución por estatus directo e indirecto<sup>107</sup>, modelo funcional y modelo basado en resultados<sup>108</sup>.

El criterio que sirve de diferencia entre estos modelos se encuentra en el antecedente material al cual la legislación respectiva le otorga un valor suficiente para declarar la incapacitación de una persona.

Así, un modelo de atribución de incapacidad “por estatus” (*Status Attribution*) refiere a cuando la ley estima o presume la falta de capacidad jurídica de una persona, una vez que se ha establecido su discapacidad<sup>109</sup>. El modelo de atribución de incapacidad por estatus es de atribución directa, cuando la deficiencia es la causa directa y final de la incapacitación civil<sup>110</sup>. Este es el modelo que contempla nuestra legislación, particularmente en el artículo 1447 del Código Civil. En cambio, el modelo es indirecto, cuando la declaración de incapacitación tiene por antecedente solo una deficiencia que no permite el “*autogobierno*”<sup>111</sup>. Este el caso del modelo adoptado por Portugal e Italia<sup>112</sup>.

Un segundo modelo, llamado “funcional” (*Functional Test*), trata la discapacidad como un umbral, donde la persona con discapacidad es considerada jurídicamente incapaz cuando ésta, en razón de una deficiencia, presenta una aptitud insuficiente para realizar funciones específicas<sup>113</sup>, determinación para lo cual se le aplica un test. Un ejemplo sería un test en el que se le deniegue capacidad jurídica a una persona

---

<sup>107</sup> Agustina Palacios y Francisco Bariffi, *Capacidad Jurídica, Discapacidad y Derechos Humanos*. (Buenos Aires: EDIAR, 2012).

<sup>108</sup> Amita Dhanda, "Legal Capacity in the Disability Rights Convention: Strangehold of the Past or Lodestar for the Future", *Syracusse Journal of International Law & Commerce*, Vol. 34, n.º 429 (2007): 429-462, URL: [https://www.academia.edu/3572464/Legal\\_Capacity\\_in\\_the\\_Disability\\_Rights\\_Convention\\_Strangehold\\_of\\_the\\_Past\\_or\\_Lodestar\\_for\\_the\\_Future\\_2006\\_2007](https://www.academia.edu/3572464/Legal_Capacity_in_the_Disability_Rights_Convention_Strangehold_of_the_Past_or_Lodestar_for_the_Future_2006_2007)

<sup>109</sup> *Idem*.

<sup>110</sup> Agustina Palacios y Francisco Bariffi, *Capacidad Jurídica, Discapacidad y Derechos Humanos*. (Buenos Aires: EDIAR, 2012).

<sup>111</sup> *Idem*.

<sup>112</sup> Sebastián Fortuna, "Aproximaciones al régimen de la capacidad en el Proyecto de Reforma de los Códigos Civil y Comercial de la Nación", *Revista Jurídica*, 17 (2013): 204-231. URL: <http://dspace.uces.edu.ar:8180/xmlui/handle/123456789/2147>

<sup>113</sup> Amita Dhanda, "Legal Capacity in the Disability Rights Convention: Strangehold of the Past or Lodestar for the Future", *Syracusse Journal of International Law & Commerce*, Vol. 34, n.º 429 (2007): 429-462, URL: [https://www.academia.edu/3572464/Legal\\_Capacity\\_in\\_the\\_Disability\\_Rights\\_Convention\\_Strangehold\\_of\\_the\\_Past\\_or\\_Lodestar\\_for\\_the\\_Future\\_2006\\_2007](https://www.academia.edu/3572464/Legal_Capacity_in_the_Disability_Rights_Convention_Strangehold_of_the_Past_or_Lodestar_for_the_Future_2006_2007).

cuando, debido a una deficiencia cognitiva, no logra entender la naturaleza del contrato<sup>114</sup>. Este modelo puede encontrarse en las legislaciones del Reino Unido y Nueva Zelanda.<sup>115</sup>

Por su parte, en un modelo de atribución de incapacidad “basado en resultados” (*Outcome Test*), la atribución de incompetencia se hace sobre la base de una evaluación a las decisiones que ha adoptado la persona a la cual se pretende incapacitar<sup>116</sup>. Si las decisiones a las cuales ha llegado la persona con discapacidad son consideradas negativas o perjudiciales, entonces corresponde incapacitarla jurídicamente. Un ejemplo de este modelo sería cuando una persona con discapacidad psicosocial, luego de buscar voluntariamente un tratamiento psiquiátrico, después decide discontinuarlo. En estos casos la competencia de la persona para discontinuar el tratamiento es cuestionada, aún cuando la decisión de buscarlo en primer lugar no lo es.<sup>117</sup>

En el primer modelo –los de atribución por estatus directa o indirecta- la interpretación judicial esta restringida a determinar la existencia o ausencia de una discapacidad (*disability*). Como estos modelos se encuentran íntimamente vinculados a un modelo médico de tratamiento de la discapacidad, la presencia de una deficiencia (*impairment*) es la base para cuestionar la falta de capacidad, por lo cual la decisión adoptada por el juez sólo se funda en la opinión o informe médico, desechando el actualmente aceptado enfoque multidimensional. Por lo demás, la intervención judicial en este tipo de casos riñe con los principios del debido proceso.<sup>118</sup>

---

<sup>114</sup> *Idem.*

<sup>115</sup> Sebastián Fortuna, "Aproximaciones al régimen de la capacidad en el Proyecto de Reforma de los Códigos Civil y Comercial de la Nación", *Revista Jurídica*, 17 (2013): 204-231. URL: <http://dspace.uces.edu.ar:8180/xmlui/handle/123456789/2147>

<sup>116</sup> Amita Dhanda, "Legal Capacity in the Disability Rights Convention: Stranglehold of the Past or Lodestar for the Future", *Syracuse Journal of International Law & Commerce*, Vol. 34, n.º 429 (2007): 429-462, URL: [https://www.academia.edu/3572464/Legal\\_Capacity\\_in\\_the\\_Disability\\_Rights\\_Convention\\_Stranglehold\\_of\\_the\\_Past\\_or\\_Lodestar\\_for\\_the\\_Future\\_2006\\_2007](https://www.academia.edu/3572464/Legal_Capacity_in_the_Disability_Rights_Convention_Stranglehold_of_the_Past_or_Lodestar_for_the_Future_2006_2007)

<sup>117</sup> *Idem.*

<sup>118</sup> *Idem.*

El segundo y tercer modelo también han sido objeto de profundas y certeras críticas, principalmente por el criterio discriminatorio en el cual se fundan, pues suelen tener como antecedente la discapacidad para aplicar la evaluación. Por lo demás, en cuanto a la atribución de incapacidad de acuerdo a los resultados, la evaluación que se hace de las decisiones adoptadas prescinde de la voluntad de quien se pretende incapacitar, además de dar por hecho que todas las decisiones que adoptaría esa persona en adelante serían reprochables y atentatorias a su propio interés, el cual en último caso, también resulta particularmente complejo de determinar. Y en relación al modelo funcional, se presupone que es posible evaluar con exactitud el funcionamiento interno de la mente humana<sup>119</sup>.

En efecto, debido a que abunda la presunción de acuerdo a la cual se asimila la discapacidad intelectual a incapacidad jurídica, este tipo de modelos basados en un test tienden a parecerse en la práctica al primero<sup>120</sup>. Dicho de otro modo, debido a que la capacidad jurídica o de autogobierno de la persona se pone en entredicho generalmente ante la existencia de alguna deficiencia, una vez que esta es acreditada en el proceso, suele ser utilizada por los jueces como prueba de que las decisiones adoptadas por la persona a quien se quiere incapacitar son erróneas según la valoración que socialmente se le asigna, o que carece de las competencias para comprender cómo se ejecutan ciertas funciones.

### 2.3.3. *El modelo de capacidad universal y sistemas de apoyo en la toma de decisiones contenido en el artículo 12 de la CDPD.*

---

<sup>119</sup> Álvaro Benavides, "Los derechos de las personas con discapacidad intelectual en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos", en *Discapacidad intelectual y Derecho*, ed. y coord. por Nicolas Espejo y Fabiola Lathrop (Santiago: Thomson Reuters, 2019), 32-53.

<sup>120</sup> Amita Dhanda, "Legal Capacity in the Disability Rights Convention: Stranglehold of the Past or Lodestar for the Future", *Syracuse Journal of International Law & Commerce*, Vol. 34, n.º 429 (2007): 429-462, URL: [https://www.academia.edu/3572464/Legal\\_Capacity\\_in\\_the\\_Disability\\_Rights\\_Convention\\_Stranglehold\\_of\\_the\\_Past\\_or\\_Lodestar\\_for\\_the\\_Future\\_2006\\_2007](https://www.academia.edu/3572464/Legal_Capacity_in_the_Disability_Rights_Convention_Stranglehold_of_the_Past_or_Lodestar_for_the_Future_2006_2007)

El mencionado artículo 12 se encuentra estructurado en 5 incisos o numerales<sup>121</sup>, en los cuales se imponen obligaciones a los Estados partes que pueden ser sintetizadas de la siguiente forma:

1. Reconocimiento de la personalidad jurídica a las PcD
2. Reconocimiento a la igual capacidad jurídica de las PcD.
3. Acceso a medidas de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica.
4. Establecimiento de salvaguardias adecuadas, efectivas y proporcionales en el ejercicio de la capacidad jurídica.
5. Igualdad y no discriminación en el derecho a ser propietario y heredar bienes, y en el acceso a bienes y servicios financieros.

El aspecto medular de lo contenido en estas disposiciones es que vienen a consagrar el llamado *modelo de capacidad jurídica universal*, complementado con un *sistema de apoyo en la toma de decisiones*.

El sentido y alcance del modelo de capacidad universal propuesto, debe interpretarse en armonía con las demás disposiciones del Tratado. Entre ellas, podemos mencionar los principios contenidos en el artículo 3, especialmente los de igualdad y dignidad, la prohibición de discriminación por motivos de discapacidad consagrado en el artículo 5, y el preámbulo de la Convención, donde se destaca *“la importancia que para las personas con discapacidad reviste su independencia y autonomía individual, incluida la libertad de tomar sus propias decisiones”*.

En virtud de ello, esta disposición debe ser entendida como una obligación dirigida a los Estados partes consistente en erradicar los modelos de atribución de incapacidad y de sustitución de voluntad que tradicionalmente han adoptado las distintas regulaciones nacionales, resultando incompatibles con la CDPD regímenes de la capacidad jurídica en las cuales se limite, excluya o incapacite a las personas con discapacidad del ejercicio de sus derechos. En contrapartida, se transforma en un

---

<sup>121</sup> Ver nota al pie N° 102.

deber del Estado establecer un sistema en donde se reconozca la igual capacidad jurídica a todas las personas con discapacidad, tanto en el goce como en el ejercicio de derechos.

Asimismo, junto a la obligación contenida en los numerales 1º y 2º del artículo 12, va ineludiblemente unida la de garantizar el **acceso a mecanismos de apoyo o asistencia en la toma de decisiones**, dispuesta por el numeral 3º. Esto resulta de total trascendencia, toda vez que una consagración de igual capacidad jurídica para las personas con discapacidad no puede estar desprovista de mecanismos que permitan ejercerla en igualdad de condiciones que los demás. Por ello, el reconocimiento de la igual capacidad jurídica conlleva como corolario la obligación de los Estados partes de establecer *“las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica”* a la que se refiere el artículo 12.3<sup>122</sup>.

Esto es complementado con la obligación de establecer de salvaguardias adecuadas y efectivas que permitan impedir abusos, influencias indebidas y/o conflictos de interés, en concordancia al numeral 4º de dicho artículo. En lo que respecta a estas salvaguardias, estas *“se proyectan sobre los mecanismos de apoyo, orientándose a evitar los abusos”*,<sup>123</sup> y no deben ser entendidas como medidas de apoyo más intensas, medidas tan fuertes que en definitiva se transformen en sustitutivas de la voluntad.

De este modo, vemos que la relevancia de los mecanismos de apoyo se encuentra en que no solo resulta importante que se reconozca la voluntad de la persona con discapacidad, sino también que se garanticen las condiciones para que esta voluntad prime y pueda ser eficazmente expresada. Al analizar los presupuestos del moderno paradigma acerca de la discapacidad, donde ésta no es ya concebida como un concepto estático, invariable, ni unidimensional, es posible advertir una base lógica

---

<sup>122</sup> Patricia Cuenca, "La capacidad jurídica de las personas con discapacidad: el art. 12 de la Convención de la ONU y su impacto en el ordenamiento jurídico español", *Derechos y Libertades* II, 24 (2011): 221-257, URL: <http://hdl.handle.net/10016/16150>

<sup>123</sup> *Idem.*

de acuerdo a la cual el funcionamiento individual de una persona con discapacidad puede mejorar con la provisión de recursos y estrategias dirigidas a promover el desarrollo, la educación, los intereses y el bienestar personal.<sup>124</sup>

Es cierto que implementar una reforma en esta dirección, si bien resulta novedosa, también requiere ser aterrizada. Reconociendo la falta de una definición acerca de los que debe entenderse por “sistemas de apoyo”, el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, en su Observación General N° 1 de 2014, se dispuso a especificar las características de estos, señalando que *“‘Apoyo’ es un término amplio que engloba arreglos oficiales y oficiosos, de distintos tipos e intensidades. Por ejemplo, las personas con discapacidad pueden escoger a una o más personas de apoyo en las que confíen para que les ayuden a ejercer su capacidad jurídica respecto de determinados tipos de decisiones, o pueden recurrir a otras formas de apoyo, como el apoyo entre pares, la defensa de sus intereses (incluido el apoyo para la defensa de los intereses propios) o la asistencia para comunicarse”*.<sup>125</sup>

Otra de las características que rescata respecto de los apoyos refieren a medidas relacionadas con el diseño universal y la accesibilidad, señalando como ejemplo *“la exigencia de que las entidades privadas y públicas, como los bancos y las instituciones financieras, proporcionen información en un formato que sea comprensible u ofrezcan interpretación profesional en la lengua de señas—, a fin de que las personas con discapacidad puedan realizar los actos jurídicos necesarios para abrir una cuenta bancaria, celebrar contratos o llevar a cabo otras transacciones sociales. El apoyo también puede consistir en la elaboración y el reconocimiento de métodos de comunicación distintos y no convencionales, especialmente para quienes*

---

<sup>124</sup> Paz Aravena, "Apoyos emancipadores y participativos: ruta para lograr la inclusión (educativa) de la infancia con discapacidad intelectual", en *Discapacidad intelectual y Derecho*, ed. y coord. por Nicolas Espejo y Fabiola Lathrop (Santiago: Thomson Reuters, 2019), 321-349

<sup>125</sup> Comité Sobre Los Derechos de las Personas con Discapacidad (Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad), *Observación General N° 1*, 11° período de sesiones, 31 de marzo a 11 de abril de 2014. <http://www.convenciondiscapacidad.es/wp-content/uploads/2019/01/Observaci%C3%B3n-1-Art%C3%ADculo-12-Capacidad-jur%C3%ADdica.pdf>

*utilizan formas de comunicación no verbales para expresar su voluntad y sus preferencias”.*<sup>126</sup>

Asimismo, otra importante medida de apoyo que es reconocida en esta Observación General, guarda relación con la figura de las “voluntades anticipadas” que algunas legislaciones del entorno europeo ya han ido adoptando, con mayor o menor alcance y con mayor o menor acierto<sup>127</sup>. Esta consiste en “*la posibilidad de que una persona pueda empoderar a otra que la represente cuando aquella se vea en una situación de discapacidad*”<sup>128</sup>. En este sentido, el Comité señala que “*Para muchas personas con discapacidad, la posibilidad de planificar anticipadamente es una forma importante de apoyo por la que pueden expresar su voluntad y sus preferencias, que deben respetarse si llegan a encontrarse en la imposibilidad de comunicar sus deseos a los demás. (...) Los Estados partes pueden ofrecer diversas formas de mecanismos de planificación anticipada para tener en cuenta las distintas preferencias, pero todas las opciones deben estar exentas de discriminación.*”<sup>129</sup>

Algunos países, como es el caso de Perú, han avanzado sobre esta materia introduciendo modificaciones a su regulación de la capacidad jurídica, contemplando mecanismos para el establecimiento de sistemas de apoyo en la toma de decisiones. En ese sentido, el actual Código Civil peruano define los apoyos como “*formas de asistencia libremente elegidos por una persona mayor de edad para facilitar el ejercicio de sus derechos, incluyendo el apoyo en la comunicación, en la comprensión de los actos jurídicos y de las consecuencias de estos, y la manifestación e interpretación de la voluntad de quien requiere apoyo*”.<sup>130</sup>

---

<sup>126</sup> *Idem.*

<sup>127</sup> Daniela Jaruffe, “Los derechos de las personas con discapacidad en algunos países del entorno europeo”, en *Discapacidad intelectual y Derecho*, ed. y coord. por Nicolás Espejo y Fabiola Lathrop (Santiago: Thomson Reuters, 2019), 191-216.

<sup>128</sup> *Idem.*

<sup>129</sup> Comité Sobre Los Derechos de las Personas con Discapacidad (Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad), *Observación General N° 1*, 11° período de sesiones, 31 de marzo a 11 de abril de 2014. <http://www.convenciondiscapacidad.es/wp-content/uploads/2019/01/Observaci%C3%B3n-1-Art%C3%ADculo-12-Capacidad-jur%C3%ADdica.pdf>

<sup>130</sup> Código Civil de Perú. Art. 659-B, inc. 1.

En cuanto a las características de las medidas de apoyos que se dispongan, según ha sido desarrollado por el Comité<sup>131</sup>, estas deben estar siempre regidas por el respeto a los derechos, la voluntad y las preferencias de las personas con discapacidad y nunca decidir por ellas. De acuerdo a Cuenca Gómez,<sup>132</sup> la implementación en el régimen jurídico de un sistema de apoyos debe ser gradual, conviviendo durante un tiempo con el sistema de sustitución. Agrega que debe ser abierto, es decir, diseñado para que cualquier persona, y no solo quien presenta un determinado tipo de discapacidad, pueda requerir de apoyo cuando presente dificultades en el ejercicio de su capacidad. Debe ser complejo, en el sentido de que requiere la creación de figuras de apoyo con estatus legal, capacitarlas, establecer protocolos, etc. Además, el sistema requiere ser capaz de adaptarse y tener en cuenta las circunstancias, el tipo de apoyo y el acto jurídico implicado, respetando los deseos, preferencias y voluntad de las personas. Por último, estos mecanismos requieren ser presididos por los derechos, proyectándose sobre cuestiones relacionadas con los derechos fundamentales.<sup>133</sup>

En definitiva, una lectura conjunta del inciso segundo y tercero del artículo 12, permite concluir en definitiva que esta obligación consiste en superar los modelos de sustitución en la toma de decisiones, propios del modelo médico, y pasar derechamente al modelo de capacidad universal y de apoyo en la toma de decisiones, característico del modelo social.<sup>134</sup> Sin embargo, el alcance de los dispuesto por el artículo 12 no ha estado exento de controversia. Algunos países como Australia, Canadá, Holanda, Noruega, entre otros, ratificaron la CDPD con ciertas reservas o declaraciones interpretativas vinculadas con la subsistencia de un

---

<sup>131</sup> Comité Sobre Los Derechos de las Personas con Discapacidad (Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad), *Observación General N° 1*, 11º período de sesiones, 31 de marzo a 11 de abril de 2014. <http://www.convenciondiscapacidad.es/wp-content/uploads/2019/01/Observaci%C3%B3n-1-Art%C3%ADculo-12-Capacidad-jur%C3%ADdica.pdf>. Párrafos 16 y ss.

<sup>132</sup> Patricia Cuenca, "La capacidad jurídica de las personas con discapacidad: el art. 12 de la Convención de la ONU y su impacto en el ordenamiento jurídico español", *Derechos y Libertades* II, 24 (2011): 221-257, URL: <http://hdl.handle.net/10016/16150>

<sup>133</sup> *Idem*.

<sup>134</sup> *Idem*.



régimen de sustitución de voluntad, aunque fuere excepcional<sup>135</sup>. En contraposición a estas posturas, han surgido voces que incluso señalan que dichas reservas serían nulas por enfrentarse al espíritu de la CDPD<sup>136</sup>.

Resolviendo la polémica, el Comité señaló en la ya mencionada Observación General que es una obligación de los Estados partes suprimir los regímenes basados en la adopción de decisiones sustitutiva, agregando que “*crear sistemas de apoyo a la adopción de decisiones manteniendo paralelamente los regímenes basados en la adopción de decisiones sustitutiva no basta para cumplir con lo dispuesto en el artículo 12 de la Convención*”.<sup>137</sup> Con esto, podría sostenerse que se zanján al menos los contornos de lo dispuesto por el artículo 12.

#### 2.3.4. Replanteando la noción técnica de la capacidad iusprivatista

Como ya hemos señalado anteriormente, en el ámbito del derecho civil, la personalidad jurídica y la capacidad no son vistas tanto como derechos, sino más bien como una cuestión técnica<sup>138</sup>. Considerar el ejercicio de los derechos como parte intrínseca de los mismos, representa un verdadero desafío desde una perspectiva de derecho privado, pues significa cuestionar instituciones jurídicas con más de un milenio de vigencia, e irrumpir en el sistema clásico del derecho civil, donde tradicionalmente los ordenamientos jurídicos herederos del derecho romano han regulado la capacidad<sup>139 140</sup>.

---

<sup>135</sup> Pablo Marshall, "El ejercicio de derechos fundamentales de las personas con discapacidad mental en Chile: derecho internacional, enfoques teóricos y casos de estudio", *Revista de Derecho (Universidad de Concepción)*, 247 (2020) 45-81.

<sup>136</sup> Patricia Cuenca, "La capacidad jurídica de las personas con discapacidad: el art. 12 de la Convención de la ONU y su impacto en el ordenamiento jurídico español", *Derechos y Libertades* II, 24 (2011): 221-257, URL: <http://hdl.handle.net/10016/16150>

<sup>137</sup> Comité Sobre Los Derechos de las Personas con Discapacidad (Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad), *Observación General N° 1*, 11° período de sesiones, 31 de marzo a 11 de abril de 2014. <http://www.convenciondiscapacidad.es/wp-content/uploads/2019/01/Observaci%C3%B3n-1-Art%C3%ADculo-12-Capacidad-jur%C3%ADdica.pdf>

<sup>138</sup> Citando a Quinn. Patricia Cuenca, "La capacidad jurídica de las personas con discapacidad: el art. 12 de la Convención de la ONU y su impacto en el ordenamiento jurídico español", *Derechos y Libertades* II, 24 (2011): 221-257, URL: <http://hdl.handle.net/10016/16150>

<sup>139</sup> Álvaro Benavides, "Los derechos de las personas con discapacidad intelectual en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos", en *Discapacidad intelectual y Derecho*, ed. y coord. por Nicolas Espejo y Fabiola Lathrop (Santiago: Thomson Reuters, 2019), 32-53.

Si bien es cierto que existe una distancia entre el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho civil, esta comienza a difuminarse cuando consideramos que el objetivo de los derechos humanos es establecer mecanismos jurídicos que permitan garantizar el respeto a la dignidad inherente al ser humano. En el entendido de que la noción de dignidad humana se vincula estrechamente con el reconocimiento a la autonomía moral y la posibilidad de elegir como llevar adelante un proyecto de vida, *“hoy día, parece indudable que la regulación de la capacidad jurídica está directamente condicionada por estándares de derechos humanos y libertades fundamentales de carácter universal”*<sup>141</sup>.

Per esta perspectiva acerca de la dignidad, significa no solo un imperativo de garantizar condiciones materiales permitan a cada individuo decidir cómo llevar adelante su propia vida, sino que también dotar de valor jurídico a las decisiones adoptadas en esa dirección, que estas sean reconocidas como válidas por la sociedad. Por lo mismo, tal como debe adaptarse la construcción social en términos que permitan incluir a las personas con discapacidad, lo mismo puede decirse en relación al ejercicio de los derechos<sup>142</sup>. Esto quiere decir que no corresponde que sean los individuos quienes tengan que adecuarse para poder merecer el atributo de la capacidad jurídica, en tanto constructo social excluyente, sino que reformularlo en términos tales que se permita a todo individuo acceder al goce de sus derechos en igualdad de condiciones, maximizando su autonomía personal con el apoyo adecuado.

Ello evidentemente repercute en el ámbito del derecho privado, pues sugiere entender la capacidad no ya como un mero requisito para la validez de un acto o contrato fundado en la habilidad de un sujeto para adoptar decisiones, sino como el

---

<sup>140</sup> Francisco Bariffi, "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, Universidad Carlos III de Madrid, 2014), <http://hdl.handle.net/10016/18991>

<sup>141</sup> *Idem*.

<sup>142</sup> Patricia Cuenca, "La capacidad jurídica de las personas con discapacidad: el art. 12 de la Convención de la ONU y su impacto en el ordenamiento jurídico español", *Derechos y Libertades* II, 24 (2011): 221-257, URL: <http://hdl.handle.net/10016/16150>

reflejo del derecho de cada individuo a tomar decisiones y que sus decisiones sean respetadas<sup>143</sup>, lo cual no es otra cosa que el compromiso con el reconocimiento de la dignidad inherente que a cada ser humano.

Como señala Quinn, la capacidad jurídica entendida en estos términos es valiosa por cuanto *“permite a las personas hacer su propio universo jurídico, una red de derechos y obligaciones recíprocas, lo cual permite una expresión de voluntad en el mundo de la vida. Éste es el rol básico de la capacidad jurídica, es decir, la capacidad jurídica abre un espacio de libertad personal. De manera sencilla y sin ningún tipo de coerción permite interacciones y lo hace principalmente mediante contratos jurídicos”*<sup>144</sup>.

Por otra parte, según Bariffi, la consagración del reconocimiento igualitario a la capacidad jurídica como un derecho humano, adquiere de cierta forma un carácter instrumental, puesto que opera como una garantía de respeto, de protección y de realización<sup>145</sup>.

En ese sentido, cuando se habla de respeto en el ámbito del derecho, generalmente se entiende como una forma de omisión prescrita, o bien, como una intromisión que se encuentra vedada. El respeto de los derechos humanos no solo se observa en la prohibición dirigida al Estado de atentar contra la vida, la libertad u otros derechos fundamentales, sino también en la limitación de sancionar normas que se encuentren dirigidas o tengan como consecuencia menoscabar el reconocimiento y goce de derechos humanos reconocidos internacionalmente<sup>146</sup>. Bariffi nos ejemplifica esta garantía de respeto, al señalar que *“si el Estado reconoce el derecho al matrimonio, al voto, o a poseer y disponer de bienes y servicios, pero al mismo tiempo, priva a*

---

<sup>143</sup> Michael Bach y Lara Kerzner, *A New Paradigm for Protecting Autonomy and the Right to Legal Capacity*, (Ontario: Law Commission of Ontario, 2010). <https://www.lco-cdo.org/wp-content/uploads/2010/11/disabilities-commissioned-paper-bach-kerzner.pdf>

<sup>144</sup> Francisco Bariffi, "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, Universidad Carlos III de Madrid, 2014), <http://hdl.handle.net/10016/18991>

<sup>145</sup> *Idem*.

<sup>146</sup> *Idem*.

*ciertas personas de acceder a dichos derechos en nombre propio, entonces en esencia está incumpliendo su obligación de respetar dichos derechos*<sup>147</sup>.

Es también una garantía de protección, puesto que el deber de adopción de medidas necesarias en orden a asegurar el goce de derechos humanos, supone también la obligación de proveer remedios apropiados una vez que estos derechos han sido violados.<sup>148</sup> Una persona a la cual no se le reconoce la capacidad jurídica, se enfrenta a limitaciones procesales significativas que, en definitiva, contravienen el derecho a una tutela judicial efectiva, debido a que las condiciones legales para acceder a la autoridad competente suelen estar reguladas por el régimen jurídico de la capacidad jurídica de las personas.<sup>149</sup>

Por último, la capacidad jurídica es una garantía de realización, en tanto opera como pre-requisito fundamental para la realización de los derechos humanos. En ese sentido, el solo reconocimiento al derecho a tomar decisiones en nombre propio no acaba necesariamente con la situación de desprotección y desigualdad. En consecuencia, se convierte en un deber del Estado la promoción activa en la ejecución de otra serie de medidas, las cuales en conjunto permiten la realización de los derechos humanos, y se articula entonces como una puerta de acceso para el resto de derechos<sup>150</sup>.

---

<sup>147</sup> *Idem.*

<sup>148</sup> *Idem.*

<sup>149</sup> *Idem.*

<sup>150</sup> *Idem.*

### **3. CAPITULO III. LA CAPACIDAD JURÍDICA EN CHILE Y EL VIGENTE ESTATUTO DE ATRIBUCIÓN DE INCAPACIDAD ABSOLUTA A LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD INTELECTUAL**

#### *3.1. NOCIONES INTRODUCTORIAS.*

Hasta acá hemos señalado que las personas con discapacidad intelectual se ven impedidas de una plena participación social y son víctimas de una serie de limitaciones que impiden desarrollar sus vidas en igualdad de condiciones que las demás. Sostuvimos también que esta discapacidad es la que resulta de la interacción entre personas que presentan determinadas condiciones psíquicas o intelectuales y las barreras que impone el entorno, entre las que se cuentan diversas formas de exclusión social. El derecho, en tanto fenómeno social, no es ajeno a estas formas de exclusión. Asimismo, no es de extrañar que sea en el derecho civil –la rama del derecho que regula las principales relaciones civiles entre las personas- donde podemos encontrar las formas de exclusión más patentes. En el caso de las personas con discapacidad intelectual, cognitiva o psicosocial, estas limitaciones son profundizadas por las barreras que deben enfrentar en el ejercicio de su capacidad jurídica.

En nuestro país, la doctrina y jurisprudencia han entendido comúnmente que estas personas deben ser incluidas dentro del concepto “dementes” utilizado por nuestro Código Civil, los cuales la ley declara incapaces absolutos y sanciona con la nulidad absoluta los actos o contratos que ejecuten o celebren. Además, si la demencia es habitual, una vez entrados en la adultez, estas personas deben ser declaradas interdictas, caso en el cual se les nombrará un curador general que hará las veces de representante legal, vedándolos del ejercicio autónomo de sus derechos.

Los efectos de la atribución directa de incapacidad que hace nuestra ley son múltiples y exceden la mera nulidad absoluta de los actos o contratos que ejecuten o celebren los incapaces. Mediante la anulación de su participación activa en el tráfico jurídico y la invisibilización de sus deseos y preferencias, las personas con

discapacidad intelectual son impedidas de su efectiva realización y ven acentuada su dependencia y marginación social.

A continuación intentaremos dar una descripción metodológica a la situación de la atribución directa de incapacidad jurídica a personas con discapacidad intelectual, cognitiva o psicosocial. Luego, fundamentaremos por qué aquello resulta insostenible en nuestros días, tanto por las incongruencias que se presentan desde un punto de vista dogmático, como también desde la perspectiva de una teoría de la justicia. Para ello recurriremos a analizar críticamente la construcción que hace nuestro ordenamiento de los conceptos de *personalidad*, *capacidad jurídica* y *voluntad*.

### 3.2. EL ESTATUTO DE INCAPACIDAD DEL DEMENTE

#### 3.2.1. Capacidad de goce y capacidad de ejercicio

Cuando nuestro Código Civil habla de capacidad lo hace generalmente respecto de la que llama “capacidad legal”, definida en el inciso tercero del artículo 1445. Esta es la cual la doctrina conoce como capacidad de ejercicio o capacidad de obrar.

La construcción de la capacidad de ejercicio en nuestro derecho civil se hace en base a ciertas categorías, tales como las de “incapacidad absoluta”, “incapacidad relativa”, “incapacidad especial” y “plena capacidad”. Ello tiene por pretensión fijar una especie de parámetro objetivo que permita determinar a priori quiénes y de qué modo tienen derecho a intervenir en las relaciones jurídicas que regula nuestro ordenamiento<sup>151</sup>.

En nuestra tradición civilista, la capacidad opera como un elemento requerido para la validez de un acto jurídico, en conjunto con los de una voluntad o consentimiento exento de vicio y de un objeto y causa lícita, según reza el artículo 1445 del Código Civil.

---

<sup>151</sup> Sergio Arenas, "Hacia el fin del dogma 'voluntad es capacidad' en el derecho civil chileno", *Derecho y Justicia*, 3 (2013): 73-99. DOI: <https://doi.org/10.29344/07196377.3.1393>

Pero para la doctrina, antes que la capacidad de ejercicio, existe la llamada capacidad de goce. Así, podemos decir que se distingue en nuestro ordenamiento jurídico dos tipos o clases de capacidad. El primer tipo –la de goce- consiste en la aptitud legal para adquirir derechos y obligaciones<sup>152</sup>. El segundo, se trata de la aptitud de las personas humanas para obrar por sí mismas en la vida civil<sup>153</sup>, o bien, como la define el Código, “*la capacidad legal de una persona consiste en poderse obligar por sí misma, y sin el ministerio o la autorización de otra*”.

La capacidad de goce se estima que es consustancial al concepto de persona. Como lo explica Alessandri, “*los conceptos de personalidad y capacidad de goce se implican recíprocamente: no hay persona sin capacidad de goce, y capacidad de goce sin persona*”<sup>154</sup>. En cambio, la capacidad de ejercicio, existe solo respecto de quienes la ley no les ha privado expresamente de tenerla, de acuerdo al artículo 1446, el cual dispone que “*toda persona es legalmente capaz, excepto aquellas que la ley declara incapaces*”. Estas incapacidades pueden ser absolutas, relativas o especiales, de acuerdo a una lectura del artículo 1447.

En tal sentido, en la mentada norma se dispone que son absolutamente incapaces los dementes, junto con el impúber y el sordo o sordomudo que no puede darse a entender claramente. Los actos que estos ejecuten por sí mismos son sancionados con la nulidad absoluta por expresa disposición del artículo 1682<sup>155</sup>, no producen ni aun obligaciones naturales y no admiten caución, por lo que los absolutamente incapaces solo pueden actuar válidamente a través de su representante legal.<sup>156</sup>

A esta atribución directa de incapacidad que hace nuestro Código respecto de tales personas, en el caso del demente deben ser complementadas con las normas

---

<sup>152</sup> Alberto Lyon, *La persona natural*, (Santiago: Ediciones Universidad Católica de Chile, 2006)

<sup>153</sup> *Idem*.

<sup>154</sup> Arturo Alessandri, Manuel Somarriva y Antonio Vodanovic, *Tratado de Derecho Civil*, 8ª ed. (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2015)

<sup>155</sup> Ello sin perjuicio de que cierta doctrina estima que estos actos serían inexistentes antes que absolutamente nulos, pues suponen que el incapaz absoluto carece absolutamente de voluntad o no puede expresarla.

<sup>156</sup> Alberto Lyon, *La persona natural*, (Santiago: Ediciones Universidad Católica de Chile, 2006)

relativas a la curaduría del demente y las de los procedimientos de interdicción, ya que según dispone el inciso primero del artículo 456: *“El adulto que se halla en un estado habitual de demencia, deberá ser privado de la administración de sus bienes, aunque tenga intervalos lúcidos.”* Para provocar esta interdicción existen dos clases de procedimientos judiciales y uno de carácter administrativo<sup>157</sup>. Junto con la declaración de interdicción, a la persona considerada demente se le nombrará un curador general que le representará legalmente.

### 3.2.2. La noción de “demente” y la discapacidad intelectual, cognitiva y psicosocial

Nuestro Código no define qué entiende por “demente” o “demencia”. En algunas disposiciones, como el artículo 459, utiliza como términos análogos “locura”, “locura furiosa” y “loco”, pero no ofrece mayores luces que permitan aclarar el sentido que se le debe dar. La doctrina y jurisprudencia se ha referido a ella como *“la situación en que se encuentra una persona que, por alteración de sus facultades mentales, carece de la aptitud necesaria para dirigir su persona o para administrar sus bienes”*<sup>158</sup>. Claro Solar sostiene que por “demente” la ley entiende a *“toda persona que por el trastorno de sus facultades mentales o la privación constante o momentánea de su razón se halla impedida de tener la libre voluntad de obligarse, no discierne, ni puede asumir la responsabilidad de sus actos”*<sup>159</sup>. De forma similar, Manuel Somarriva, sostenía que *“la expresión ‘demente’ la toma nuestro Código en un sentido amplio, comprendiendo toda alteración mental que prive de razón a un individuo”*<sup>160</sup>. Por su parte, Corral Talciani señala que *“la expresión ‘demencia’ en el contexto de las normas relativas a la interdicción se debe entender en el sentido abierto, no técnico y amplio propiciado desde antiguo por la doctrina, y hoy*

---

<sup>157</sup> Fabiola Lathrop, "Discapacidad intelectual: análisis crítico de la interdicción por demencia en Chile", *Revista de Derecho (Valdivia)* Vol. 32, n.º1 (2019): 117-137. DOI: 10.4067/S0718-09502019000100117.

<sup>158</sup> Corte de Apelaciones de Concepción, 27 de agosto de 1986, Gaceta, tomo 2, N° 3.325. Alberto Lyon, *La persona natural*, (Santiago: Ediciones Universidad Católica de Chile, 2006).

<sup>159</sup> Fabiola Lathrop, "Discapacidad intelectual: análisis crítico de la interdicción por demencia en Chile", *Revista de Derecho (Valdivia)* Vol. 32, n.º1 (2019): 117-137. DOI: 10.4067/S0718-09502019000100117

<sup>160</sup> Manuel Somarriva, *Derecho de Familia*, (Santiago: Editorial Nascimento, 1963).



*configurado dentro del concepto genérico de la discapacidad mental*<sup>161</sup> mientras que un contexto distinto al de la interdicción “*debe ser entendida en el concepto más preciso de privación actual de razón*”<sup>162</sup>. Esta es la forma en la cual la doctrina clásica ha interpretado el sentido que debe darse a la noción de “demencia”.

Junto a la falta de definición del concepto de demencia o demente, tampoco existe referencia directa a la discapacidad mental, ni intelectual, cognitiva, o psicosocial, lo cual se explica por la época de redacción del Código. Aún así, sin ser técnicamente sinónimos, ni tampoco encontrarse en una relación de género a especie, tradicionalmente la noción de demente ha sido utilizada en nuestro sistema jurídico como referencia a cualquier tipo de trastorno psíquico o enajenación mental categoría dentro de la cual se ha incluido indistintamente a personas con discapacidad psicosocial, cognitiva e intelectual.

Si bien el objeto de este trabajo se vincula en mayor medida con la denominada discapacidad intelectual, este concepto no es tratado de forma uniforme en la literatura, En ocasiones es empleado como sinónimo de “discapacidad cognitiva” y en otras como “discapacidad mental”, pudiendo o no incluir la “discapacidad psíquica” y la “psicosocial”<sup>163</sup>. Por ello, también resulta común hablar simplemente de discapacidad intelectual, cognitiva y/o psicosocial<sup>164</sup>. Sin embargo, todas estas denominaciones se diferencian de la demencia.

La demencia es técnicamente un término médico que apunta a la descripción de un grupo de trastornos neurodegenerativos, caracterizados por el deterioro crónico o progresivo de la función cognitiva, y se encuentra frecuentemente asociada al

---

<sup>161</sup> Fabiola Lathrop, "Discapacidad intelectual: análisis crítico de la interdicción por demencia en Chile", *Revista de Derecho (Valdivia)* Vol. 32, n.º1 (2019): 117-137. DOI: 10.4067/S0718-09502019000100117

<sup>162</sup> *Idem*.

<sup>163</sup> Paula Silva, *La capacidad jurídica de las personas con discapacidad intelectual: Régimen jurídico chileno y bases para su modificación*. (Santiago: Thomson Reuters, 2017)

<sup>164</sup> Fabiola Lathrop, "Discapacidad intelectual: análisis crítico de la interdicción por demencia en Chile", *Revista de Derecho (Valdivia)* Vol. 32, n.º1 (2019): 117-137. DOI: 10.4067/S0718-09502019000100117

envejecimiento.<sup>165</sup> Por lo tanto, se vincula con una deficiencia que puede provocar discapacidad.

En cambio, la discapacidad intelectual generalmente refiere a personas que presentan más dificultades que la mayoría de la gente en la conducta adaptativa, vinculado con una condición de largo plazo que se presenta al nacer o antes de los 18 años<sup>166</sup>. Por conducta adaptativa se entiende el conjunto de habilidades conceptuales, sociales y prácticas que se han aprendido y se practican por las personas en su vida diaria<sup>167</sup>. Las personas con discapacidad intelectual pueden enfrentar, en mayor o menor medida, dificultades para llevar a cabo actividades de la vida diaria, por ejemplo comunicarse fluidamente e interactuar con otros o realizar algunas labores del hogar<sup>168</sup>. Entre las personas con discapacidad intelectual, es común encontrar personas con Síndrome de Down, Trastornos del Espectro Autista, entre otras. Sin embargo, cabe precisar que la discapacidad intelectual, técnicamente no es una enfermedad, ni física ni mental<sup>169</sup>.

Por su parte, las personas con discapacidad cognitiva usualmente enfrentan la misma clase de dificultades, no obstante, tales limitaciones se observan con posterioridad a los 18 años, por ejemplo, como consecuencia de un infarto, una lesión cerebral, Alzheimer, como también, el concepto técnico de demencia descrito anteriormente.

Por último, la denominada discapacidad psicosocial, a veces también llamada discapacidad mental, refiere a aquellas personas que enfrentan limitaciones

---

<sup>165</sup> Paula Silva, "Sobre la interdicción por demencia en la legislación chilena", en *Discapacidad intelectual y Derecho*, ed. y coord. por Nicolas Espejo y Fabiola Lathrop (Santiago: Thomson Reuters, 2019), 165-190.

<sup>166</sup> Michael Bach y Lara Kerzner, *A New Paradigm for Protecting Autonomy and the Right to Legal Capacity*, (Ontario: Law Commission of Ontario, 2010). <https://www.lco-cdo.org/wp-content/uploads/2010/11/disabilities-commissioned-paper-bach-kerzner.pdf>

<sup>167</sup> Paula Silva, *La capacidad jurídica de las personas con discapacidad intelectual: Régimen jurídico chileno y bases para su modificación*. (Santiago: Thomson Reuters, 2017)

<sup>168</sup> Michael Bach y Lara Kerzner, *A New Paradigm for Protecting Autonomy and the Right to Legal Capacity*, (Ontario: Law Commission of Ontario, 2010). <https://www.lco-cdo.org/wp-content/uploads/2010/11/disabilities-commissioned-paper-bach-kerzner.pdf>

<sup>169</sup> Paula Silva, "Sobre la interdicción por demencia en la legislación chilena", en *Discapacidad intelectual y Derecho*, ed. y coord. por Nicolas Espejo y Fabiola Lathrop (Santiago: Thomson Reuters, 2019), 165-190

derivadas o vinculadas a trastornos de la salud mental. Guarda relación entonces con cuadros clínicos en los que se observa alteración de la conciencia o desórdenes emocionales, de ánimo o de la conducta<sup>170</sup>. Entre las personas con discapacidad mental o psicosocial podemos encontrar casos de personas con trastornos depresivos, bipolaridad, esquizofrenia, entre otras condiciones.

Tener un manejo técnico y conceptual de estas nociones es fundamental para comprender que la aproximación con la cual el Derecho Civil enfrenta la discapacidad, especialmente la discapacidad intelectual, resulta cuestionable. Según Silva, una adecuada aplicación técnica del concepto de discapacidad intelectual<sup>171</sup> refleja que *“el desempeño de las personas respecto a las conductas adaptativas debe medirse en ambientes habituales y típicos, no en ambientes segregados, puesto que es la interacción entre el sujeto y la demanda de su grupo social la que determina el éxito o fracaso en esta dimensión”*.<sup>172</sup> Por lo demás, no debe perderse de vista que desde el actual enfoque multidimensional de la discapacidad, el cual no se centra en mediciones de inteligencia, se tiene por asentado el hecho de que un acceso a apoyos personalizados y apropiados, mantenidos durante un largo período de tiempo, permiten generalmente mejorar el funcionamiento en la vida de las personas con discapacidad intelectual.<sup>173</sup>

La distinción realizada se vincula también con algunas controversias que han surgido en la doctrina. En tal sentido, se ha planteado entre algunos autores cierta discusión acerca de si el concepto de “demencia” hace necesariamente alusión a una condición médica, o bien si ella tiene un alcance más amplio.<sup>174</sup> Para nosotros, sin

---

<sup>170</sup> En referencia a los criterios utilizados por el Manual Diagnóstico de la OMS. Paula Silva, "Sobre la interdicción por demencia en la legislación chilena", en *Discapacidad intelectual y Derecho*, ed. y coord. por Nicolas Espejo y Fabiola Lathrop (Santiago: Thomson Reuters, 2019), 165-190.

<sup>171</sup> Esto en relación a las 5 premisas derivadas de la definición desarrollada por la Asociación Americana de Discapacidades Intelectuales y del Desarrollo (AAIDD). Ver Paula Silva, "Sobre la interdicción por demencia en la legislación chilena", en *Discapacidad intelectual y Derecho*, ed. y coord. por Nicolas Espejo y Fabiola Lathrop (Santiago: Thomson Reuters, 2019), 165-190.

<sup>172</sup> Paula Silva, "Sobre la interdicción por demencia en la legislación chilena", en *Discapacidad intelectual y Derecho*, ed. y coord. por Nicolas Espejo y Fabiola Lathrop (Santiago: Thomson Reuters, 2019), 165-190.

<sup>173</sup> *Idem*.

<sup>174</sup> En este sentido, Lathrop nos recuerda, por ejemplo, que para León Hurtado, cuando la ley establece la incapacidad absoluta de los dementes, *“no se ha referido solo a los que denomina tales la medicina legal moderna, sino a ‘todos los que estén privados de la razón o que tengan sus facultades mentales alteradas’*. Ver:

embargo, la discusión resulta estéril. Cuando la doctrina clásica intenta salvar la falta de definición del concepto de demencia, no logra ofrecer una interpretación adecuada que permita razonablemente incluir a las personas con discapacidad intelectual en dicha categoría, y menos aún hacerlo sin que tal sentido y alcance signifique una vulneración los derechos fundamentales que les asisten. Las normas sobre limitación a la capacidad merecen una interpretación restrictiva y deben pasar por el tamiz de los derechos humanos.

Por ello, resulta problemático que la jurisprudencia, recurriendo a interpretaciones doctrinarias y a un marcado modelo médico de la discapacidad, otorgue al concepto de demencia una noción tan amplia. Ello puede observarse de lo razonado por la Corte de Apelaciones de Concepción, que en sentencia del 10 de junio de 2008 señala *“El Código Civil no define el término ‘demencia’ respecto del cual la doctrina ha dicho que comprende la enajenación mental bajo todas las formas en que pueda presentarse y en todos sus grados, cualquiera sea el nombre que se le dé; que comprende toda alteración mental que prive de razón a un individuo; y que implica cualquier tipo de privación de razón, sin importar cuál sea el nombre técnico de la enfermedad que la produce.”*<sup>175</sup>

En un fallo más reciente, la Corte de Apelaciones de Santiago intenta dar un significado más restringido, asimilando la demencia a la definición de discapacidad mental de la ley 18.600, señalando que *“debe tenerse en cuenta, además, que términos como ‘demencia’ o ‘locura’ que utiliza el Código Civil no tienen actualmente fundamento científico preciso, de modo que han de asimilarse al concepto de ‘discapacidad mental’ empleado en la normativa más específica como es la Ley Nº 18.600”*<sup>176</sup>.

---

Fabiola Lathrop, "Capacidad jurídica de las personas con discapacidad intelectual, cognitiva y/o psicosocial en Chile", en *Discapacidad intelectual y Derecho*, ed. y coord. por Nicolás Espejo y Fabiola Lathrop, (Santiago: Thomson Reuters, 2019) 137-165.

<sup>175</sup> Corte de Apelaciones de Concepción, 10 junio de 2008, Rol 240-2008.

<sup>176</sup> Corte de Apelaciones de Santiago, 5 de noviembre de 2015, Rol 9316-2015.

Sobre este último razonamiento, puede resultar discutible la decisión de asimilar un término contenido en el Código Civil al de una normativa que su promulgación tiene más de cien años de diferencia. Sin embargo, lo realmente cuestionable es que si nos remitimos al artículo 2º de la Ley Nº 18.600, que es aquel que da una definición de “discapacidad mental”, observamos que este ni siquiera hace referencia a la eventual falta de habilidad para administrar bienes o la presencia de algún grado de privación de razón, como tradicionalmente suele ser caracterizado el término de demencia por la doctrina, sino que refiere a limitaciones de “*capacidad educativas, laboral, o de integración social*”.<sup>177</sup>

Pero más allá de una crítica a la interpretación que se le suele dar al concepto de demencia, lo cierto es que, como señala Lathrop, “*el Código Civil ha sido utilizado para la determinación de un modelo de atribución directa de incapacidad*”<sup>178</sup> por motivo de discapacidad, entendiendo a este último como equivalente a demencia. La privación de la capacidad jurídica que hace la ley, mediante la declaración de interdicción por demencia a las personas que presentan tanto demencia como discapacidad intelectual, cognitiva o psicosocial, en realidad obedece a un ordenamiento jurídico defectuoso, atrasado, centrado en una perspectiva técnico-médica de la discapacidad y que carece de un manejo conceptual adecuado.

Por lo tanto, es el conjunto de normas que regulan este estatuto de atribución de incapacidad a las personas con discapacidad las cuales merecen un reproche, pues continúan centrando el problema de la discapacidad en las condiciones propias del individuo y no en las limitaciones que impone el entorno social, con todas las graves consecuencias que acarrea ser considerado como incapaz absoluto para nuestro ordenamiento.

---

<sup>177</sup> El artículo 2º de la Ley Nº 18.600 define “discapacidad mental” como “*toda aquella que, como consecuencia de una o más limitaciones síquicas, congénitas o adquiridas, previsiblemente de carácter permanente y con independencia de la causa que las hubiera originado, vea obstaculizada, en a lo menos un tercio, su capacidad educativa, laboral o de integración social*”.

<sup>178</sup> Fabiola Lathrop, “Capacidad jurídica de las personas con discapacidad intelectual, cognitiva y/o psicosocial en Chile”, en *Discapacidad intelectual y Derecho*, ed. y coord. por Nicolás Espejo y Fabiola Lathrop, (Santiago: Thomson Reuters, 2019) 137-165.

De acuerdo a lo expuesto, debe señalarse que nuestra legislación es en primer término, excesivamente imprecisa. Para Silva Barroilhet *“en el Código Civil chileno existe un distanciamiento y una disconformidad entre el lenguaje y los conceptos utilizados y las actuales tendencias en la materia”*<sup>179</sup>. En segundo lugar, es indispensable destacar que la mayoría de los conceptos que utiliza nuestra legislación, particularmente el Código Civil, para referirse a las personas con discapacidad intelectual y psicosocial, tales como los de “demente”, “loco”, “deficiente mental”, “locura furiosa”, y otros afines, deben ser urgentemente desterrados debido a su carácter arbitrario y despectivo, resultando contrarios a garantías fundamentales y a instrumentos internacionales suscritos por Chile.

Por cierto que la preocupación de este trabajo no es solamente en lo relativo a una cuestión semántica. Aún cuando la confusión terminológica existente en nuestra legislación representa un importante aspecto a modificar en aras a eliminar formas de discriminación, son los efectos del estatuto de atribución de incapacidad jurídica por motivo de discapacidad una de las cuestiones que resultan más perniciosas para la plena inclusión de las personas con discapacidad intelectual.

### 3.3. LA INTERDICCIÓN POR DEMENCIA Y LA CURADURÍA DEL DEMENTE

Junto con las normas relativas a la incapacidad absoluta que contempla nuestro Código Civil en el artículo 1447, deben analizarse las que regulan la curaduría del demente contenidas en el Título XXV del mismo cuerpo legal y las relativas a los distintos procedimientos de interdicción, que se encuentran en el Código de Procedimiento Civil y en la Ley N° 18.600.

Nuestro Código Civil tampoco define qué es la interdicción. Solo establece en el artículo 456 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”*. Y

---

<sup>179</sup> Paula Silva, *La capacidad jurídica de las personas con discapacidad intelectual: Régimen jurídico chileno y bases para su modificación*. (Santiago: Thomson Reuters, 2017)

en el artículo que le sigue, señala 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.”*

Una aproximación al concepto puede encontrarse en la definición que ofrece el artículo 338 en cuanto a las tutelas y curatelas o curadurías, las que consisten en *“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.”*

Las personas que *“por demencia han sido puestos en entredicho de administrar sus bienes”*, están sujetos a la llamada curaduría general, de acuerdo al artículo 342, la cual, *“se extiende no sólo a los bienes sino a la persona de los individuos sometidos a ellas”* según reza el artículo 341. Por último, al curador le corresponde ejercer la representación legal del pupilo, en virtud del artículo 43.

Así las cosas, en palabras de Silva Barroilhet, podríamos definir la interdicción como *“una institución que priva a ciertas personas de su capacidad de administrar sus bienes, y en algunos casos, como la interdicción por demencia, entrega el cuidado personal y la representación legal de dicha persona a su guardador.”*<sup>180</sup> Según Ramos Pazos, las instituciones de tutela y curatela *“han sido creadas y organizadas para proteger los intereses tanto morales como pecuniarios de las personas incapaces”*<sup>181</sup>. No obstante, no debe perderse de vista que para establecer esta clase de protección, lo que se hace es ponderarla frente a la autonomía de la persona, cediendo plenamente en favor de la protección, y por lo tanto, privándole de sus derechos a la persona interdicta. El alcance de establecer una institución como la interdicción en estos términos absolutos conlleva la inhabilitación de la persona

---

<sup>180</sup> *Idem.*

<sup>181</sup> René Ramos Pazos, *Derecho de Familia*, (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1993)

interdicta para tomar toda clase de decisiones respecto de su persona, su vida y sus bienes<sup>182</sup>.

Por último, debe destacarse que el aspecto más relevante para el legislador en relación a la interdicción de la persona considerada demente, es que su condición le impida administrar competentemente lo suyo, es decir sus bienes. En ese sentido, cuesta entender algunas de las distinciones que a este respecto el legislador realiza entre el demente y el pródigo, quien es considerado incapaz relativo y puede conservar la libre administración de una suma de dinero para gastos personales, en virtud del artículo 453. A nuestro juicio no puede ser sino solo una forma de severidad respecto de la discapacidad.

### 3.3.1. Los procedimientos de interdicción y la curaduría provisoria de bienes por el sólo ministerio de la ley.

En nuestra legislación existen tres mecanismos para lograr la incapacitación jurídica de las personas con demencia, discapacidad intelectual, cognitiva o psicosocial, dos de los cuales corresponden a procedimientos judiciales para provocar la interdicción, además de un procedimiento administrativo que, sin declarar la interdicción, tiene por objeto el nombramiento de un curador provisoria de bienes, el cual opera por el solo ministerio de la ley.

#### *3.3.1.1. Juicio ordinario de interdicción por demencia*

Este procedimiento corresponde al juicio de interdicción, el cual es de carácter contencioso, de lato conocimiento, y es al cual se refieren las reglas del Código Civil y del Código de Procedimiento Civil.

---

<sup>182</sup> Paula Silva, *La capacidad jurídica de las personas con discapacidad intelectual: Régimen jurídico chileno y bases para su modificación*. (Santiago: Thomson Reuters, 2017)



Comencemos por los requisitos. Para privar de la administración de los bienes a la persona, debe verificarse copulativamente, de acuerdo al tenor literal del artículo 456: 1) que el sujeto sea adulto; 2) que sea demente; 3) que la demencia exista en un “estado de habitualidad”.

En cuanto al primer requisito, se ha planteado discusión acerca de si procede la interdicción contra el menor adulto, o solo contra el adulto mayor de edad, toda vez que no sería consistente con lo que dispone el ya citado artículo 457. Lyon Puelma entiende que sí procedería, mientras que Silva Barroilhet y Lathrop se inclinan por la interpretación contraria, es decir, en el sentido de que la interdicción solo procedería respecto de personas mayores de 18 años, por ser mas garantista de sus derechos fundamentales.

Luego, en relación al segundo requisito, la doctrina tradicional ha sostenido que debe tratarse “*de un enfermo mental que se encuentra impedido de administrar competentemente lo suyo y de dirigir su persona*”.<sup>183</sup> Sobre esta aproximación, además de lo antes expuesto en relación al concepto de demencia, se ha destacado como curiosidad que el interés del legislador al parecer se encuentra circunscrito a resguardar una correcta y razonable administración de los bienes, lo que evidencia una preocupación por limitar la autonomía en un sentido prevalentemente patrimonial, no obstante los efectos de la interdicción escapan a esa esfera.<sup>184</sup>

Respecto del tercer requisito, clásicamente se ha interpretado que la habitualidad no refiere solamente a una condición o enfermedad permanente o persistente, sino también a que en virtud de ella la administración sea habitualmente incompetente<sup>185</sup>.

Junto con la privación de la administración de los bienes, a la persona declarada interdicta por demencia se le debe nombrar un curador general. De acuerdo al

---

<sup>183</sup> Alberto Lyon, *La persona natural*, (Santiago: Ediciones Universidad Católica de Chile, 2006)

<sup>184</sup> Paula Silva, *La capacidad jurídica de las personas con discapacidad intelectual: Régimen jurídico chileno y bases para su modificación*. (Santiago: Thomson Reuters, 2017)

<sup>185</sup> Alberto Lyon, *La persona natural*, (Santiago: Ediciones Universidad Católica de Chile, 2006)

artículo 373 del CC, toda curaduría debe ser discernida, esto quiere decir, que requiere ser declarada por decreto judicial. Para tales efectos se siguen las reglas del artículo 843 del Código de Procedimiento Civil. Como tal norma dispone que se requiere la declaración por sentencia firme del juicio de interdicción por demencia, y respecto de este no existen reglas especiales, debe tramitarse el juicio de interdicción conforme a las reglas generales del procedimiento ordinario. Para ello debe demandarse a la persona con demencia o discapacidad, contra la cual se seguirá un juicio de lato conocimiento.

En cuanto a la titularidad activa para esta clase de procedimiento, se aplica lo dispuesto en el artículo 459, es decir, se remite a las mismas personas que pueden provocar la del disipador, contenidas en el artículo 443, vale decir, por el cónyuge no separado judicialmente del supuesto demente, cualquiera de sus consanguíneos hasta en el cuarto grado, o por el defensor público. Pero la norma además agrega una curiosa y cuestionable especie de acción popular, estableciendo que “*si la locura fuere furiosa, o si el loco causare notable incomodidad a los habitantes, podrá el procurador de la ciudad o cualquiera del pueblo provocar la interdicción*”. Atendiendo a las escasos ejemplos de acciones populares contempladas en nuestro ordenamiento y al lenguaje particularmente despectivo utilizado en la norma, aquello no hace más que demostrar la urgencia que representa introducir modificaciones profundas a la forma en la cual nuestro derecho civil se aproxima a la situación de discapacidad.

Por último, en relación a la forma en la cual se deferirá la guarda, esta puede ser testamentaria, legítima o dativa. Así, a falta de designación testamentaria, el artículo 462 determina un orden de prelación para el caso de que la guarda sea legítima<sup>186</sup>. Cuando ninguna de las personas pueda ejercer la curaduría, tendrá lugar la guarda dativa.

---

<sup>186</sup> Fabiola Lathrop, "Discapacidad intelectual: análisis crítico de la interdicción por demencia en Chile", *Revista de Derecho (Valdivia)* Vol. 32, n.º1 (2019): 117-137. DOI: 10.4067/S0718-09502019000100117.

### 3.3.1.2. *Procedimiento voluntario de interdicción de personas con discapacidad mental (Ley N° 18.600)*

El inciso segundo del artículo 4 de la Ley N° 18.600 que “Establece normas sobre Deficientes Mentales” introduce un mecanismo para obtener la interdicción de una persona con discapacidad mental, entendida en los términos descritos por su artículo 2. Este corresponde a un procedimiento judicial de interdicción voluntario y no contencioso, el cual además se caracteriza por ser más expedito.

La norma establece que los requisitos para esta clase de procedimiento son a) la inscripción de la discapacidad de la persona a declarar en interdicción en el Registro Nacional de la Discapacidad, b) la exhibición del certificado vigente, y c) la audiencia de la persona.

Sobre la titularidad para provocar este procedimiento, se establece una titularidad activa distinta a la contemplada por las normas del Código Civil aplicables al procedimiento explicado anteriormente. En ese sentido se le entrega la titularidad al padre o la madre de la persona con discapacidad, y en caso de ausencia o impedimento, podrán proceder de la misma forma los “*parientes más cercanos*”.

Respecto de la curaduría, esta se entregará al padre o la madre que tengan el cuidado personal, y si lo ejercieren de consuno, se le podrá deferir a ambos. La curaduría tiene el carácter de general y definitiva, es decir, se le entrega el cuidado personal y administración de los bienes al curador, quien se constituye en su representante legal.

Debemos destacar que se ha presentado discusión entre la jurisprudencia acerca de si el procedimiento contemplado por la Ley N° 18.600 debe primar –en razón de un criterio de especialidad- por sobre el que se encuentra regulado en el Código Civil,

no existiendo aún un criterio uniforme sobre su aplicación<sup>187</sup>. De todos modos, independiente de cual sea la forma de tramitarlo, desde una perspectiva de derechos humanos se ha advertido que esta norma atenta gravemente contra la CDPD, al establecer un procedimiento no contencioso y extremadamente breve, que no repara en la total indefensión de la persona a la cual se priva de voluntad y capacidad jurídica, es decir, derechos esenciales<sup>188</sup>.

En cuanto a los efectos de la declaración de interdicción, estos son los mismos que los que acarrea el procedimiento ordinario contencioso, con la sola salvedad de que ellos son levemente atenuados al conferirle al pupilo algunas facultades, mediante la remisión a la aplicación de lo previsto por los artículos 440 y 453 del Código Civil. Estas son las de administrar una suma de dinero para gastos personales, fijada prudencialmente por el curador de acuerdo a su grado de discapacidad, y la de suscribir un contrato de trabajo con autorización del curador.

#### *3.3.1.2.1. Críticas a los procedimientos de interdicción.*

Los procedimientos explicados han sido objeto de diversas críticas por parte de la doctrina especializada.

En primer lugar, como ya fue expuesto, suele afirmarse que interdicción tiene por objeto proteger el patrimonio y la persona del pupilo, sin embargo existen pobres salvaguardas que permitan llevar a efecto una protección adecuada, y en cambio, resulta bastante más plausible que en la práctica se produzcan abusos. Ello se observa en que las solemnidades y reglas que la ley establece, como lo son el discernimiento del cargo, la obligación de rendir fianza y de confeccionar inventario y la prohibición de la donación de bienes raíces del pupilo, resultan insuficientes. Por lo demás, estas se encuentran centradas eminentemente en un ámbito patrimonial,

---

<sup>187</sup> Paula Silva, *La capacidad jurídica de las personas con discapacidad intelectual: Régimen jurídico chileno y bases para su modificación*. (Santiago: Thomson Reuters, 2017)

<sup>188</sup> *Idem*.

olvidando que el curador general tiene a su cargo, además de la administración de los bienes, el cuidado personal del pupilo.

A mayor abundamiento, las únicas guías establecidas por la ley en lo relativo a la actuación que debe tener el curador, refieren a la administración de los bienes del pupilo, estando obligado a su conservación, reparación y cultivo, debiendo responder por culpa leve (artículo 391 CC) y a destinar los frutos de sus bienes principalmente para “*aliviar su condición y en procurar su restablecimiento*” (artículo 467 CC).

Por otra parte, aún cuando se establecen circunstancias que permiten la remoción del curador (incapacidad, fraude o culpa grave, ineptitud manifiesta, actos repetidos de administración descuidada, conducta inmoral), y el pupilo no se encuentra legitimado para solicitarla.

Vemos entonces que faltan mecanismos adecuados de defensa y apoyo a las personas con discapacidad intelectual, cognitiva y psicosocial.

A esto cabe agregar que la existencia de dos procedimientos distintos para la declaración de interdicción, sumado a una curaduría provisoria, ha generado problemas importantes tanto de tramitación como de ponderación judicial.<sup>189</sup> Esto porque los tribunales no observan tramitaciones ni diligencias probatorias medianamente homogéneas, lo que genera la consiguiente falta de seguridad jurídica en el usuario del sistema judicial.

### 3.3.1.3. *La curaduría provisoria de bienes (Ley N° 18.600)*

Como señalamos anteriormente, el Código Civil establece que toda tutela o curaduría debe ser previamente discernida, lo que significa que requiere de decreto judicial. Sin embargo, en el artículo 18 bis de la Ley N° 18.600 se contemplan la designación de

---

<sup>189</sup> Fabiola Lathrop, "Discapacidad intelectual: análisis crítico de la interdicción por demencia en Chile", *Revista de Derecho (Valdivia)* Vol. 32, n.º1 (2019): 117-137. DOI: 10.4067/S0718-09502019000100117

una curaduría provisoria de bienes para las personas con discapacidad mental, la cual es de carácter administrativo y opera por el solo ministerio de la ley, es decir, se establece una excepción a dicha regla al prescindir del previo discernimiento o intervención judicial. Asimismo, se exime al curador de rendir fianza, practicar inventario y se le otorga privilegio de pobreza para las actuaciones judiciales y extrajudiciales que realice en relación a la curaduría. En definitiva, una vez cumplidos los requisitos legales previstos por esta norma, bastará para constituir la curaduría provisoria de bienes.

Los requisitos para constituir esta curaduría provisoria de bienes por el solo ministerio de la ley son los siguientes:

- Que la persona respecto a la cual se le constituye la curaduría de bienes sea una persona con discapacidad mental, en los términos del artículo 2.
- Que el que se constituirá en curador provisoria se encuentre inscrita en el Registro Nacional de la Discapacidad, sea una persona natural o jurídica.
- Que la persona con discapacidad mental, cualquiera sea su edad, se encuentre bajo el “cuidado permanente” de quien se constituye en curador. Esto se entiende cuando: a) existe dependencia alimentaria, económica y educacional diurna y nocturna; o b) cuando dicha dependencia es parcial, siempre que haya tenido lugar de manera continua e ininterrumpida durante a lo menos dos años.
- Que la persona con discapacidad carezca de curador o no se encuentre sometido a patria potestad.
- Que la persona natural llamada a desempeñarse como curador provisoria 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.

De acuerdo a la norma, si tales circunstancias constaren en el Registro de Discapacidad, *“bastará para acreditar la curaduría provisoria frente a terceros el certificado que expida el Servicio de Registro Civil e Identificación.”* Con ello,

podemos observar que las garantías del pupilo son prácticamente inexistentes, siendo un mecanismo que vulnera notoriamente el derecho a un debido proceso.

Respecto de la vigencia de esta clase de curaduría, la ley señala que durará mientras permanezcan bajo la dependencia y cuidado y no se les designe curador de conformidad con las normas del Código Civil. De este modo, aun mientras se le denomina "provisoria", puede potencialmente ser permanente, al no contemplar un plazo que obligue al nombramiento de un curador definitivo, ni mecanismos que establezcan una revisión periódica del cumplimiento de los requisitos legales o la situación de la persona. Además, como no existe regulación que establezca la forma en la cual debe acreditarse las circunstancias relativas al requisito del cuidado permanente, al Registro Civil simplemente le han bastado declaraciones juradas.<sup>190</sup>

#### *3.4. LOS EFECTOS DE LA INTERDICCIÓN Y DE LOS ACTOS DEL INCAPAZ ABSOLUTO NO INTERDICTO*

Interdicción e incapacidad jurídica, aunque son conceptos que se encuentran vinculados, son cosas distintas. En nuestro ordenamiento se establece que la persona considerada "demente" es incapaz absoluta, haya sido declarada interdicta o no. Pero respecto de la persona declarada interdicta por demencia, su incapacidad se presume y sus actos o contratos serán nulos, aunque se alegue haberlos ejecutado o celebrado en un intervalo lúcido (inciso 1º, artículo 465 CC). En cambio, los actos y contratos ejecutados sin previa interdicción, en principio, son válidos, salvo que se pruebe que quien los ejecutó o celebró estaba entonces demente (inciso 2º, artículo 465 CC).

En cuanto a los efectos de los actos y contratos ejecutados o celebrados por el incapaz absoluto, estos no producen ni aun obligaciones naturales, y no admiten caución, de acuerdo reza el artículo 1447, inciso segundo. Por el contrario, se

---

<sup>190</sup> Paula Silva, "Sobre la interdicción por demencia en la legislación chilena", en *Discapacidad intelectual y Derecho*, ed. y coord. por Nicolas Espejo y Fabiola Lathrop (Santiago: Thomson Reuters, 2019), 165-190.

sancionan expresamente por nuestra legislación con la nulidad absoluta, (artículo 1682 del CC, inciso segundo), es decir, la máxima sanción de ineficacia contemplada por nuestro derecho civil. Debemos destacar además que, en tanto las normas que regulan la capacidad obedecen a una institución de orden público, también son nulas las convenciones entre particulares que tengan por objeto limitar o extender más allá de la ley la capacidad de un sujeto<sup>191</sup>. De este modo, el absolutamente incapaz solo puede actuar válidamente en la vida jurídica representado por la persona que tiene su representación legal<sup>192</sup>.

Hecha la prevención entonces, abordaremos ahora los efectos de la declaración de interdicción. Tradicionalmente se señalan dos efectos que siguen a la sentencia que declara la interdicción<sup>193</sup>.

En primer lugar, que se le priva a la persona declarada interdicta de la administración de sus bienes, administración que deberá ser ejercida por el curador que se le nombre. En el caso de la interdicción por demencia, éste último tendrá la calidad de curador general, por lo que se le confiere, además de la administración patrimonial, el cuidado personal del pupilo. El curador general se convierte en el representante legal de la persona declarada interdicta.

El segundo efecto de la declaración de interdicción es que trae como consecuencia la nulidad absoluta de todos los actos que la persona considerada demente ejecute con posterioridad al decreto de interdicción.

En conclusión, la sentencia que declara la interdicción por causa de demencia y que le nombra a la persona afectada un curador general, implica que la persona queda vedada de la administración autónoma de su patrimonio y su voluntad es sustituida por la del curador.

---

<sup>191</sup> Alberto Lyon, *La persona natural*, (Santiago: Ediciones Universidad Católica de Chile, 2006).

<sup>192</sup> *Idem*.

<sup>193</sup> *Idem*.



Sin embargo, los efectos de la declaración de interdicción por demencia son múltiples, y exceden a los que tradicionalmente se señalan. Algunos de ellos se generan en cadena, otros se encuentran contenidos en cuerpos normativos distintos al Código Civil. Veamos algunos ejemplos<sup>194</sup>.

Para nuestro Código Civil, la persona declarada interdicta queda inhabilitada para repudiar el reconocimiento de la paternidad (artículo 191), ejercer la patria potestad (artículo 267), ser tutor o curador (artículo 497), adquirir la posesión<sup>195</sup>(artículo 723), testar (artículo 1005), ser testigo de un testamento (artículo 1012), ser diputado para recibir en pago (1596), continuar el mandato, sea como mandante o mandatario (artículo 2163 N° 7) y cometer delito o cuasidelito (artículo 2319). Además, la interdicción y la demencia ponen término al contrato de cuenta corriente (artículo 611 del Código de Comercio).

Suele señalarse por distintos autores<sup>196</sup> que la interdicción solo produce efectos en la esfera patrimonial. Sin embargo, existen distintos ejemplos que niegan esa afirmación, los cuales en general refieren a una serie de derechos fundamentales que se ven afectados:

- Con la interdicción por demencia se suspende el derecho a sufragio (Artículo 16, numeral 1º, de la Constitución Política de la República) aun cuando es uno de los más esenciales derechos civiles.
- Se ve afectado el derecho a formar una familia, dentro de cual se contemplan los de contraer matrimonio y de adoptar. Comúnmente se entiende la demencia como subsumida dentro de las causales que impiden contraer matrimonio (artículo 5º, numerales 3º y 4º, de la Ley de Matrimonio Civil), aun

---

<sup>194</sup> Paula Silva, *La capacidad jurídica de las personas con discapacidad intelectual: Régimen jurídico chileno y bases para su modificación*. (Santiago: Thomson Reuters, 2017)

<sup>195</sup> La inhabilitación para adquirir la posesión ha sido particularmente sujeto de críticas, bajo el entendido de que la posesión, en nuestro derecho, es entendida como un hecho y no un derecho.

<sup>196</sup> Así por ejemplo Claro Solar señala que “*al referirse a los actos o contratos del demente, la ley ha entendido indicar todos aquellos que miran a la administración y disposición de los bienes; a todos los actos pecuniarios o patrimoniales*”. En el mismo sentido Manuel Somarriva. Ver: Alberto Lyon, *La persona natural*, (Santiago: Ediciones Universidad Católica de Chile, 2006)

sin ser nombrada explícitamente. Asimismo, se dificulta enormemente la posibilidad de adopción, ya que se prefiere para ello a las parejas casadas.

- Se ve afectado el derecho a acceder a la justicia, toda vez que la persona queda representada judicial y extrajudicialmente por su curador, quien se constituye como su representante legal. Incluso, el pupilo ni siquiera puede solicitar el cambio de curador o la revisión de su situación.
- Si la interdicción por demencia es declarada mediante el procedimiento ordinario, es decir, no a través del que se encuentra contemplado en la Ley N° 18.600, la persona interdicta no podrá celebrar contratos de trabajo, viendo afectado así otro derecho fundamental.

De este modo, vemos que la forma en la cual se construye el estatuto de incapacidad del demente se encuentra lejos de servir realmente a la protección de la persona “demente” y su patrimonio.

Si la seguridad jurídica es una de las especiales preocupaciones del legislador, ella tampoco es salvada por este diseño normativo. Por cierto que se produce una evidente situación de inseguridad jurídica, en el sentido de que la validez de un acto jurídico se podría ver expuesta a la sanción de nulidad, cuando, sin mediar una declaración de interdicción, un interesado, con posterioridad a la celebración o ejecución, alega y logra probar la demencia.

En definitiva, permite que en los hechos se produzcan tratos discriminatorios y arbitrariedades, y de paso hace mucho más onerosa la participación de las personas con discapacidad en el tráfico jurídico. No es difícil concebir la situación en que una apariencia de demencia bastaría para que una de las partes, fundándose en tal, prefiera declinar la celebración del contrato, o bien, exija que se aporten documentos que acrediten la capacidad jurídica de la persona, cuando la capacidad, en estricto rigor se presume. Incluso, como de hecho ocurre con regularidad, podría un ministro

de fe ser quien solicite antecedentes y certificaciones de lucidez o “sano juicio” para autorizar el acto o contrato<sup>197</sup>, circunstancia que, en efecto, constituye una práctica reiterada por parte de los notarios en el caso de los adultos mayores<sup>198</sup>.

Vemos entonces que los efectos de la interdicción son a todas luces desproporcionados. Por ello, comúnmente los familiares de personas con discapacidad se cuestionan el hecho de provocar la interdicción. Sin embargo, es pertinente advertir que la no declaración de interdicción tampoco brinda soluciones, ya que el diseño normativo e institucional se encuentra inclinado a fomentarla y facilitarla.

En tal sentido, Silva Barroilhet reivindica lo que llama “desobediencia civil”<sup>199</sup> respecto de la obligación de provocar el juicio de interdicción del artículo 457 CC. Señala que *“muchas familias, con alguna conciencia de los efectos negativos de la interdicción, la evitan, y buscan alternativas de protección patrimonial mediante sociedades, fideicomisos, usufructos, disposición testamentaria de la cuarta de mejoras, o simplemente dejan las cosas –para cuando falten los padres- a al formación valórica que han dado a sus otros hijos”*<sup>200</sup>.

Sin embargo, reconoce que *“estos mecanismos de protección patrimonial no subsanan las dificultades y riesgos que la no declaración de interdicción puede implicar.”*<sup>201</sup> Entre ellos se encuentra, por cierto, lo que ya hemos mencionado respecto de la anulabilidad a posteriori de los actos de la persona considerada demente pero no interdicta, pero también existen otras sanciones como la dispuesta en el artículo 970 del CC, donde con un cierto contenido de moralidad se establece una causa de indignidad para suceder al “demente” respecto de quien hubiera omitido provocar la interdicción.

---

<sup>197</sup> La Tercera. “¿Es discriminatorio pedir certificado médico de ‘sano juicio’ a personas mayores en trámites legales?”. 21 de agosto de 2019. [en línea] <https://www.latercera.com/que-pasa/noticia/pedir-certificado-medico-de-sano-juicio-a-personas-mayores-en-tramites-legales/788361/>

<sup>198</sup> *Idem*.

<sup>199</sup> Paula Silva, *La capacidad jurídica de las personas con discapacidad intelectual: Régimen jurídico chileno y bases para su modificación*. (Santiago: Thomson Reuters, 2017).

<sup>200</sup> *Idem*.

<sup>201</sup> *Idem*.

Además de reiterar que la vigencia de un estatuto especial de atribución de incapacidad para las personas con discapacidad intelectual contraviene instrumentos internacionales ratificados por el Estado de Chile, de lo expuesto hasta ahora observamos que éste lejos de ofrecer una forma de protección, establece una distinción arbitraria entre las voluntades que merecen un reconocimiento jurídico y otras que deben ser anuladas, no en razón de su contenido o seriedad, no en razón de su forma de manifestación, sino que según quién la manifiesta.

Es posible afirmar que en el caso del impúber ocurre algo similar, pero lo cierto es que esta incapacidad se funda en cuestiones distintas, es transitoria, declina progresivamente a medida que el impúber avanza hacia la adultez y adquiere experiencia y, al menos, mientras dura se reconoce el principio del “interés superior del niño, niña o adolescente” incorporado recientemente a la legislación civil en distintas disposiciones. En cambio, vemos en la interdicción un mecanismo de voluntad sustituida, con pobres salvaguardias, potencial y generalmente permanente, que en definitiva riñe con una serie de garantías y derechos fundamentales.

Sostenemos que, en realidad, estamos ante un modelo injustificadamente incapacitante. Esto pues la incapacidad absoluta en el caso de personas con discapacidad intelectual, no opera como una constatación de hechos; no es descriptiva, sino que prescriptiva. Conocido es el dogma entre la doctrina civilista que llamamos “clásica” que sostiene que la incapacidad absoluta que se atribuye al “demente” se debe a que éste carecería absolutamente de voluntad<sup>202</sup>. No obstante, consideramos que tal interpretación en realidad obedece a un prejuicio excesivamente racionalista, discriminatorio, que carece de sustento fáctico e incluso jurídico. Ello es relevante, pues, si la determinación de la existencia del elemento volitivo corresponde ser discutida como una cuestión de hecho, la atribución de incapacidad a la persona con discapacidad intelectual se funda en un hecho que simplemente es falso para los efectos que persigue. Impide la participación jurídica

---

<sup>202</sup> Sergio Arenas, "Hacia el fin del dogma 'voluntad es capacidad' en el derecho civil chileno", *Derecho y Justicia*, 3 (2013): 73-99. DOI: <https://doi.org/10.29344/07196377.3.1393>.

de quién en principio, bajo un diseño normativo e institucional que permita brindarle un conjunto de apoyos en la toma de decisiones adecuados, estaría en condiciones de manifestar sus propios deseos y preferencias respecto de una multiplicidad de aspectos relevantes para su propia vida y destino.

¿Es un mecanismo de protección? Lo sería, si sostuviéramos que todo acto en el cual participa una persona con discapacidad intelectual necesariamente resultaría lesivo para sus propios intereses. Pero, evidentemente, ello no es posible de establecer objetivamente a priori si los propios intereses de las personas con discapacidad son ocultados, cuestionados e invalidados. La persona con discapacidad intelectual, bajo este modelo, ni siquiera tiene permitido equivocarse, crecer y aprender. Definitivamente, aun si lo consideráramos un mecanismo de protección, este no sería ni proporcional ni adecuado. Es necesario entonces, sincerar ciertas posiciones y asumir que el actual estatuto de capacidad aplicable a las personas con discapacidad intelectual es lisa y llanamente discriminatorio y anulador de la persona, lo que en definitiva, violenta sus derechos fundamentales.

## 4. CAPITULO IV. PLANTEAMIENTOS HACIA UNA REFORMA

### 4.1. LA INFLUENCIA DE LA CDPD EN LAS PROPUESTAS DE REFORMAS AL RÉGIMEN DE CAPACIDAD

La CDPD ha motivado profundas modificaciones en las legislaciones de los distintos Estados partes. En lo que respecta al reconocimiento a la igual capacidad jurídica y establecimiento de apoyos y salvaguardias contenidas en el artículo 12, el año 2014 el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad<sup>203</sup> emitió su Observación General N° 1<sup>204</sup>, en la cual se desarrolla con mayor precisión y especificación el contenido de las obligaciones adoptadas en la CDPD, con el objetivo de servir como guías a los procesos legislativos que llevarían adelante los distintos Estados partes.

En ese sentido, ya son varios los países que han avanzado en esta materia. Entre estos podemos mencionar, por ejemplo, los casos de Costa Rica, con la promulgación en 2016 de la Ley N° 9.379 “Programa para la Promoción de la Autonomía Personal de las Personas con Discapacidad”, implementada con su respectivo reglamento el año 2018<sup>205</sup>; de Perú, que el año 2018 finalmente modificó su Código y Civil y otros cuerpos legales a través del Decreto Legislativo N° 1.384<sup>206</sup>; Colombia, con la dictación de la Ley N° 1.996 de 2019<sup>207</sup>; y más recientemente España, con la entrada en vigor, el 3 de septiembre de 2021, de la Ley 8/2021 de 2

<sup>203</sup> De acuerdo al artículo 34 de la CDPD, el Comité es el órgano de expertos independientes que supervisa la aplicación de la Convención.

<sup>204</sup> Comité Sobre Los Derechos de las Personas con Discapacidad (Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad), *Observación General N° 1*, 11° período de sesiones, 31 de marzo a 11 de abril de 2014. [en línea] <http://www.convenciondiscapacidad.es/wp-content/uploads/2019/01/Observaci%C3%B3n-1-Art%C3%ADculo-12-Capacidad-jur%C3%ADdica.pdf>

<sup>205</sup> Procuraduría General de la República, Costa Rica. Sistema Costarricense de Información Jurídica. “Reglamento a la Ley para Promoción de la Autonomía Personal de las Personas con Discapacidad,” Decreto Ejecutivo N° 41087. [en línea] [http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm\\_texto\\_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=86554&nValor3=112370&strTipM=TC](http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=86554&nValor3=112370&strTipM=TC)

<sup>206</sup> Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Perú. “Decreto Legislativo que reconoce y regula la capacidad jurídica de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones”, Decreto Legislativo N° 1384. [en línea] <https://www.gob.pe/institucion/minjus/normas-legales/190877-1384>

<sup>207</sup> Congreso de Colombia. “Ley 1996 de 2019 por medio de la cual se establece el régimen para el ejercicio de la capacidad legal de las personas con discapacidad mayores de edad”. Espacio Virtual de Asesoría de Función Pública. [en línea] <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=99712#:~:text=Objeto.,el%20ejercicio%20de%20la%20misma>.

de junio, que “Reforma la Legislación Civil y Procesal para el Apoyo a las Personas con Discapacidad en el Ejercicio de su Capacidad Jurídica”<sup>208</sup>.

En contraste, es evidente que la situación de nuestro país resulta preocupante, y así se ha planteado por la doctrina especializada y por el propio Comité.

Recordemos que para concretar los objetivos planteados por la CDPD, en la misma Convención se establecen mecanismos de seguimiento a las medidas adoptadas por los Estados partes en cumplimiento de sus obligaciones, junto con la creación de una institucionalidad encargada de supervisar dicho cumplimiento y hacer sugerencias y recomendaciones. Así, en 2016 el Comité publicó el documento que contiene las Observaciones finales sobre el Informe inicial presentado por el Estado de Chile al seguimiento de la Convención, en el cual se manifiesta la preocupación del Comité respecto de múltiples incumplimientos, y en consecuencia realiza una serie de recomendaciones para adecuarse con las obligaciones que impone dicho Tratado.

El documento<sup>209</sup> es desde luego lapidario, en tanto repara constantemente la permanencia del modelo médico, la visión asistencialista y la falta de adherencia a una perspectiva de derechos humanos acerca de la discapacidad. Solo destaca como aspectos positivos la creación del Servicio Nacional de Discapacidad y del Instituto Nacional de Derechos Humanos y la inclusión de la discapacidad en la Ley 20.609, conocida como “Ley Zamudio”.

En cambio, el Comité manifestó preocupación por *“la ausencia de una estrategia para la armonización legislativa relativa a personas con discapacidad, así como la persistencia del modelo médico y el uso de terminología peyorativa tales como ‘invalidez’, ‘incapaces’ y ‘dementes’ en normas vigentes incluido el Código Civil y la*

---

<sup>208</sup> Jefatura del Estado, España. “Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica”. Boletín Oficial del Estado. [en línea] <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2021-9233#:~:text=Ayuda-Ley%208%2F2021%2C%20de%202%20de%20junio%2C%20por%20la,de%2003%2F06%2F2021>.

<sup>209</sup> Comité Sobre Los Derechos de las Personas con Discapacidad (Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad), *Observaciones finales sobre el informe inicial de Chile*, 18 de abril de 2016. [https://ddhh.minjusticia.gob.cl/media/2016/12/CRPD\\_C\\_CHL\\_CO\\_1\\_23679\\_S.pdf](https://ddhh.minjusticia.gob.cl/media/2016/12/CRPD_C_CHL_CO_1_23679_S.pdf)

Ley 20.422<sup>210</sup>. En aquel sentido, advirtió la utilización de criterios para calificar y certificar la discapacidad que “*se basan en la deficiencia sin tomar en cuenta las barreras que enfrentan las personas con discapacidad*”, así como la continua insuficiencia de los esfuerzos del Estado “*para combatir los prejuicios y estereotipos negativos de las personas con discapacidad*”, destacando, por ejemplo, “*la existencia de campañas públicas como Teletón, receptora de fondos públicos, que refuerzan el modelo asistencialista*”.

En lo que respecta al cumplimiento por parte del Estado de Chile al artículo 12 de la Convención, donde se consagra el igual reconocimiento como persona ante la ley, el Comité se manifestó preocupado por la vigencia de las normas del Código Civil que establecen la incapacidad legal de personas con discapacidad, así como las normas de interdicción contenidas en Ley N° 18.600, basadas en la certificación psiquiátrica.

En consecuencia, el párrafo 24 del documento señala que “*El Comité solicita al Estado parte que derogue toda disposición legal que limite parcial o totalmente la capacidad jurídica de las personas con discapacidad adultas, y adopte medidas concretas para establecer un modelo de toma de decisiones con apoyo que respete la autonomía, voluntad y preferencias de las personas con discapacidad*”.

Resulta pertinente destacar la redacción empleada por el Comité, donde el verbo utilizado ya no es “*recomienda*”, el que menciona a lo largo del texto 38 veces, sino que “*solicita*”, del cual se vale en solo 7 ocasiones y a propósito de obligaciones relativas a la protección contra la tortura, explotación, violencia y abuso. Ello permite colegir la total trascendencia que el Comité asigna al cumplimiento de la obligación contenida en artículo 12.

#### 4.2. PROYECTOS DE LEY EN ACTUAL TRAMITACIÓN

En nuestro Congreso Nacional se discuten dos mociones dirigidas a modificar el

---

<sup>210</sup> *Idem.*



régimen de capacidad vigente, ambas actualmente en primer trámite constitucional y sin urgencia. La primera fue ingresada en marzo de 2019 en la Cámara de Diputados y corresponde al proyecto de ley Boletín N° 12.441-17 bajo el título 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 autonomía”*, y la segunda, ingresada en mayo del mismo año al Senado, de Boletín N° 12.612-07 que *“Restringe gradualmente la capacidad de ejercicio de los adultos mayores con deterioro cognitivo”*.

Previo a su análisis, cabe reflexionar que, ciertamente, son muchos los aspectos que deben ser tenidos a la vista al momento de legislar. No obstante, considero que en un proyecto de ley dirigido a garantizar la igual capacidad jurídica de las personas con discapacidad, conforme a las recomendaciones formuladas por el Comité, así como a lo ya expuesto a lo largo de este trabajo, se precisa cuando menos, de dos aspectos que deben ser ineludiblemente incorporados al debate.

En primer término, una reforma de estas características requiere de la introducción de una perspectiva de derechos humanos acorde al modelo social, es decir, la superación del modelo médico asentado en nuestra legislación. Ello implica, desde ya, una legislación que comprenda adecuadamente la distinción entre los conceptos de discapacidad y deficiencia, así como el alcance de sus diferencias en el plano social.

En segundo lugar, un reconocimiento a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad sin el establecimiento de un robusto sistema de apoyos en la toma de decisiones, así como salvaguardias adecuadas a abusos e influencias indebidas, es insuficiente para garantizar el ejercicio de la capacidad en igualdad de condiciones que los demás. Ello significa tener presente el hecho de que las personas con discapacidad intelectual o psicosocial se enfrentan a barreras multidimensionales, definidas socialmente de forma excluyente, entre las que se cuentan determinadas formas de acceso y formatos de la información, infraestructura y accesibilidad,

métodos y códigos de comunicación, todas circunstancias que en gran medida afectan la igualdad de condiciones para tomar decisiones. Por ello es menester un apoyo o asistencia adecuado para superar dichas barreras en el ejercicio de la autonomía. Desde luego, un sistema de apoyos implica, entre otras características, cierto nivel de complejidad, como una judicatura formada en discapacidad, una institucionalidad con reconocimiento legal y técnicamente capacitada, y además que esto pueda ser implementado a lo largo de todo Chile con especial énfasis en zonas alejadas o de difícil acceso. Por lo tanto, es una reforma que también precisa de la disposición de una buena cantidad de recursos.

Para ilustrar lo señalado y las dificultades que plantea una reforma al régimen de capacidad en los términos descritos, analizaremos, en primer lugar, el proyecto de Ley Boletín N°12.612-07, esto como ejemplo de una pésima forma de introducir modificaciones al sistema. A continuación, daremos paso a examinar un proyecto de Ley mucho más robusto, el cual no sin ciertos defectos, desde luego se encuentra mejor encaminado a cumplir las obligaciones que impone la CDPD.

#### 4.2.1. Proyecto de ley boletín N° 12.612-07

Este proyecto de artículo único titulado “*Proyecto de ley que restringe gradualmente la capacidad de ejercicio de los adultos mayores con deterioro cognitivo*”<sup>211</sup>, establece modificaciones a los artículos 1445, 1446 y 1447 del Código Civil.

Sin bien el título del proyecto podría confundir respecto al contenido de las modificaciones que introduce, puesto que conduciría a inferir que la intención del legislador se encuentra dirigida a regular solamente la situación de la capacidad jurídica de las personas de tercera edad que presenten algún grado de discapacidad cognitiva, lo cierto es que tiene un alcance mayor. En ese sentido, dentro del proyecto se señala entre sus antecedentes y fundamentos lo desactualizado que se

---

<sup>211</sup> Senado. Boletín N° 12.612-07. *Proyecto de ley que restringe gradualmente la capacidad de ejercicio de los adultos mayores con deterioro cognitivo*. Ingresado el 8 de mayo de 2019. [http://www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php?boletin\\_ini=12612-07](http://www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php?boletin_ini=12612-07)

encuentra Chile en materia de regulación de la capacidad jurídica, tanto respecto de adultos mayores, como de personas con discapacidad; se analiza críticamente la institución de interdicción y la curaduría del demente; y se hace cargo de la preocupación y recomendaciones manifestadas por el Comité de la CDPD, señalando que es *“un imperativo para este Congreso Nacional legislar sobre la materia”*.

Sin embargo, corresponde alertar que por buenas que sean las intenciones que se señalan como fundamento del proyecto, la técnica legislativa es abiertamente paupérrima y conduciría a más problemas que soluciones. De la sola lectura del proyecto aparecen aspectos preocupantes que son evidentes y que abarcan distintas dimensiones. A nuestro juicio, además de que el proyecto no se ajusta a las obligaciones que impone la CDPD, especialmente a su artículo 12, presenta cuestiones insalvables desde la perspectiva procesal, de interpretación de la ley y de técnica legislativa. Este proyecto sirve para ilustrar que una modificación al régimen de capacidad jurídica en armonía a lo propuesto por la CDPD, significa una reforma profunda a parte importante del ordenamiento jurídico, la que debe ser asumida con seriedad, y no simplemente como una modificación a un par de artículos del Código Civil. Veamos en qué consiste el proyecto y los problemas que plantea.

Son solo tres las modificaciones que viene a proponer. En primer lugar, respecto del artículo 1445 y 1446, se elimina el numeral 1º del artículo 1445 del Código Civil, que dispone *“1º. que sea legalmente capaz”*. Esto es, eliminar la capacidad jurídica como requisito de validez del acto jurídico. Cabe señalar que no introduce modificaciones a los demás numerales del inciso, lo que conllevaría, en estricto rigor, a que el inciso comience en el numeral 2º.<sup>212</sup>

En segundo término, se elimina la frase *“excepto aquellas que la ley declara incapaces”*, es decir, el artículo 1446 establecería derechamente que *“Toda persona es legalmente capaz”* sin matices, contrario a lo que parecería ser el objetivo del

---

<sup>212</sup> *Idem.*

proyecto, según su titulado.<sup>213</sup>

Por último, propone “*intercalar*” un nuevo artículo 1447, en el cual se establece expresamente una presunción de derecho de la capacidad absoluta de ejercicio, para luego describir ciertas circunstancias en la cual el juez podrá limitar o restringir la capacidad, designando en tales casos supuestos sistemas de apoyo al ejercicio de la capacidad. Finalmente describe presupuestos para que el juez pueda declarar derechamente la incapacidad de una persona y designar un curador.<sup>214</sup>

Sólo por mencionar algunas de las notorias debilidades del proyecto, puede advertirse, en primer lugar, una incongruencia total entre lo que establecerían los nuevos artículos 1446 y 1447. Si toda persona es legalmente capaz sin más, eliminando la vigente frase “*excepto aquellas que la ley declara incapaces*” la consecuencia jurídica sería vedar al juez de la posibilidad de declarar la incapacidad, más aun si la capacidad absoluta de ejercicio se presumiría de derecho, de acuerdo al tenor del artículo 1447 que se propone, situación la cual conspiraría con los propios objetivos del proyecto, que son precisamente restringir gradualmente la capacidad.

Además, el nuevo artículo 1447 que introduce el proyecto indica “*intercálese*”, sin eliminar el anterior articulado. De una lectura al artículo 52 y 53 del Código Civil, dada la incompatibilidad con los nuevos artículo 1446 y 1447, surge la pregunta de si con ello se derogaría tácitamente el vigente artículo 1447. Si la respuesta es sí, quedaríamos con una legislación en la cual se haría referencia a incapaces relativos en distintas disposiciones y otros cuerpos legales, sin que una norma defina los supuestos de incapacidad relativa. En el caso de que no sufriera derogación, estaríamos ante el absurdo de considerar legalmente incapaces relativos a los menores adultos, sin embargo, su capacidad absoluta se presumiría de derecho. Por último, no sabemos en que situación quedaría la incapacidad establecida como prohibición legal para celebrar o ejecutar ciertos actos, dispuesta en el último inciso

---

<sup>213</sup> *Idem.*

<sup>214</sup> *Idem.*

del vigente artículo 1447.

Por ello, resulta curiosa y problemática la forma en la cual el proyecto de ley regula el reconocimiento a la capacidad, en su dimensión de “capacidad de ejercicio absoluta”, y estableciéndola como una “presunción” de derecho, la que se caracteriza por no admitir prueba en contrario. Desde ya, porque esto no se armoniza con el resto de la legislación, tanto respecto del propio Código Civil, como el Código de Procedimiento Civil, y otros cuerpos legales. Solo por dar un ejemplo, el proyecto establece que la capacidad absoluta de ejercicio se presume de derecho, pero se mantiene vigente el inciso segundo del artículo 1682 que establece la nulidad absoluta de los actos y contratos del absolutamente incapaz. Si se presume de derecho el supuesto contrario al que sirve de base para declarar la nulidad, simplemente no podría probarse la nulidad.

De acuerdo a lo ya expuesto, la sentencia que declara la incapacidad o restringe la capacidad de una persona podría ser casada en el fondo, ya sea por infringir el nuevo artículo 1446 de acuerdo al cual “toda persona es legalmente capaz” sin que la disposición reconozca excepciones, más aun, si en este se elimina la frase que admitía las excepciones establecidas en la ley, como también porque infringiría las normas regulatorias de la prueba, al transgredir el juez con la declaración de interdicción la presunción de pleno derecho sobre de la capacidad absoluta, la cual no admitiría prueba en contrario por expresa disposición de la ley.

Hay otras cuestiones procedimentales sin resolver. Vemos que el nuevo artículo 1447 establece, por una parte, que *“Sólo excepcionalmente, cuando la persona se encuentre imposibilitada de interactuar con su entorno y no pueda expresar su voluntad de modo, medio o formato alguno y el sistema de apoyo resulte insuficiente para tal fin, el juez podrá declarar su incapacidad y designar un curador, conforme a las normas contenidas en los títulos XXV y XXVI del presente Código”* y a reglón seguido, dispone que *“La declaración de incapacidad y de capacidad restringida se regirán por el procedimiento establecido en las leyes especiales que sean dictadas*

*para tal efecto*". ¿Qué ocurrirá en el tiempo intermedio si no introduce normas transitorias?, ¿Qué ocurre con aquellas personas declaradas interdictas antes de la promulgación de la ley, toda vez que tampoco se deroga la interdicción? ¿Qué procedimiento es el que se debe preferir para restringir o declarar la incapacidad?

Empero, más allá de la deficiente técnica legislativa empleada preocupan cuestiones de fondo. Primero, el hecho de que no se incorpora una definición adecuada de qué es un sistema de apoyos, sino que se le entrega dicha labor al juez. Además, el supuesto sistema de apoyo se establece para la circunstancia en la cual se restringe la capacidad de alguien, y no precisamente para apoyarla en su ejercicio. A su vez, tampoco se especifica de qué manera participaría en el proceso la persona a quien se restringirá su capacidad.

Por último, corresponde hacer notar que los criterios o requisitos que incorpora el proyecto para limitar o restringir la capacidad de alguien, se fundan en que "*padezca una alteración mental*", es decir se basan en la deficiencia, prevaleciendo con ello una visión del sistema médico y subsistiendo, en efecto, un modelo de atribución de incapacidad por estatus. Tampoco deroga las disposiciones que peyorativamente refieren a personas con discapacidad intelectual, tales como "demente" o "loco", muy por el contrario, las reafirma al disponer que la sentencia que declare la incapacidad se regirá por las normas contenidas en los Títulos XXV y XXVI.

#### 4.2.2. Proyecto de Ley Boletín N° 12.441-17

Sin duda, este proyecto es mucho más robusto y armónico con los lineamientos de la CDPD que el expuesto anteriormente, sin perjuicio de que, como veremos, aun tiene múltiples aspectos a mejorar, los que resultan imprescindibles para una adecuada implementación y cumplimiento de sus objetivos.

El proyecto de Ley Boletín 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 autonomía*<sup>215</sup> refiere largamente en sus fundamentos a que este se enmarca en el contexto del cumplimiento a las obligaciones adquiridas en virtud de la ratificación de la CDPD, especialmente en lo relativo al artículo 12, señalando que *“este proyecto de ley parte de la base de que reconocer la plena capacidad jurídica es un imperativo ineludible, pero reconoce que no es suficiente para el pleno respeto de los derechos fundamentales de PcDICPS”*.

En cuanto a su contenido, el proyecto se estructura sobre la base de 11 disposiciones permanentes, introduciendo en los primeros 10 artículos una serie de reformas dirigidas a eliminar el tratamiento diferenciado que reciben las personas con discapacidad intelectual, cognitiva o psicosocial, y consagrar su autonomía, modificando en ese sentido el Código Civil y otros cuerpos legales como el Código de Procedimiento Civil, Código de Comercio, Código Orgánico de Tribunales, Código Sanitario, la Ley N° 19.947 que Establece la Nueva Ley de Matrimonio Civil, la Ley N° 18.600 sobre Deficientes Mentales, la Ley N° 4808 sobre Registro Civil, al DFL N°2 que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N° 18.700 Orgánica Constitucional sobre Votaciones Populares y Escrutinios y la Ley N° 20.422 que Establece Normas sobre Igualdad de Oportunidades e Inclusión Social de Personas con Discapacidad.

Luego, se establece un artículo 11 que otorga la plena capacidad de las personas con discapacidad declaradas en interdicción con anterioridad al momento de entrada en vigencia de la ley, y por último, un artículo transitorio que regula dicha entrada en vigencia.

Entre los objetivos del proyecto se contempla la eliminación de aquellas disposiciones consideradas despectivas vejatorias y discriminatorias, contenidas principalmente en el Código Civil, como también en otros cuerpos normativos,

---

<sup>215</sup> Cámara de Diputadas y Diputados. Proyecto de Ley Boletín 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 autonomía”*.  
<https://www.camara.cl/legislacion/ProyectosDeLey/tramitacion.aspx?prmID=12972&prmBOLETIN=12441-17>

destacando entre las reformas el reconocimiento de la capacidad de ejercicio de las personas con discapacidad intelectual y sensorial, junto con el propósito consistente en la implementación del '*Sistema de Apoyos y Salvaguardas para el Ejercicio de la Personalidad Jurídica*' mediante la introducción de una serie de disposiciones a la Ley N° 20.422.

Así, en materia civil, se elimina toda referencia a “los dementes”, “locos” y a “los sordos” o “sordomudos que no pueden darse a entender claramente”, y en consecuencia, se excluyen de la enumeración de incapaces absolutos que establece el artículo 1447 del Código Civil. Asimismo, se adaptan algunas normas que regulan las tutelas y curatelas y se suprime la interdicción por demencia y sordera o sordomudez, mediante la completa derogación de los títulos XXV y XXVI del mismo Código, que establecen reglas especiales relativas a la curaduría del “demente” y “del sordo o del sordomudo” respectivamente, incluido el infame artículo 459, el cual, al regular quienes pueden provocar la interdicción, establece una especie de acción popular cuando *“la locura fuere furiosa o si el loco causare notable incomodidad a los habitantes”*. En otros cuerpos legales, son derogados los artículos 1 a 8 bis y 12, 14, 15, 17 y 18 bis de la Ley N° 18.600 que “Establece normas sobre Deficientes Mentales”, y en consecuencia se suprimen tanto el procedimiento voluntario de declaración de interdicción, como el mecanismo para establecer una curaduría provisoria por el sólo ministerio de la ley, ambos ya analizados anteriormente. Además se contempla modificar el nombre de la ley que pasaría a denominarse “Que Establece normas sobre Personas con Discapacidad Intelectual, Cognitiva y Psicosocial”.

También se modifican ciertos artículos que establecen inhabilidades del “demente”. Por ejemplo, se eliminan a los dementes de los listados de personas incapaces para adquirir la posesión, para ser diputados en el pago y de cometer delito o cuasidelito civil (artículos 723 inciso final, 1586 y 2319 CC, respectivamente). En materia de familia, se eliminan las referencias al repudio del curador mayor de edad interdicto por demencia o sordomudez (art. 192, inc. 2° CC), la causal de demencia del padre o



madre para la suspensión de la patria potestad que ejerce (art. 267 CC), el impedimento de la mujer demente en la administración de la sociedad conyugal (art. 1749, inciso final CC), y la exigencia de confeccionar inventario solemne en la disolución de la sociedad conyugal (art. 1766 CC). A su vez, se modifica la Ley N°19.947, suprimiendo los numerales 5 y 6 del artículo 5, con lo que se elimina del listado de impedimentos dirimentes absolutos para contraer matrimonio el “*carecer de suficiente juicio o discernimiento*” y el “*no poder expresar claramente la voluntad*”, así como también los numerales 2 y 5 del artículo 16, respecto de las inhabilidades para ser testigo en las diligencias previas y en la celebración del matrimonio. En el mismo sentido, sufren modificaciones el Código Orgánico de Tribunales, donde se elimina la prohibición a quienes se hallen en interdicción por demencia para ser juez o notario (artículos 256 y 465), y el Código de Procedimiento Civil, en el cual se suprime la inhabilidad absoluta para declarar en juicio como testigos a los interdictos por demencia y a los sordos o sordomudos que no puedan darse a entender claramente (numerales 2º y 5º del art. 357). Por último, respecto de cuándo concluye la cuenta corriente, se elimina la frase “*la interdicción, la demencia*” del artículo 611 del Código de Comercio.

Sobre las modificaciones a la Nueva Ley de Matrimonio Civil, resulta curioso que no se haya contemplado eliminar el numeral 4 del artículo 5, el cual establece como impedimento el “*hallarse privado del uso de razón; y los que por un trastorno o anomalía psíquica, fehacientemente diagnosticada, sea incapaz de modo absoluto para formar la comunidad de vida que implica el matrimonio*” lo cual es precisamente un claro ejemplo del modelo médico en nuestra legislación. Por otra parte, la Excma. Corte Suprema, en Informe al proyecto contenido en Oficio N° 138-2019, manifestó que la modificación respecto de las inhabilidades del artículo 16 resulta ser “*especialmente crítico en actuaciones ante la autoridad administrativa en que ésta simplemente verifica el asentimiento para autorizar un acto*”.<sup>216</sup>

El otro aspecto sustantivo que regula este proyecto de ley, es la introducción de un

---

<sup>216</sup> Corte Suprema de Chile, en *Informe Proyecto de Ley N° 24-2019*, Oficio N° 138-2019, Boletín N°12.441-17, <https://www.camara.cl/verDoc.aspx?prmlD=25698&prmTIPO=OFICIOPLEY>

Título VIII denominado *“Sistema de apoyos, salvaguardias y cuidados para una Vida Independiente y el ejercicio de la capacidad jurídica”* a la Ley N° 20.422 que Establece Normas sobre Igualdad de Oportunidades e Inclusión Social de Personas con Discapacidad, donde se indican una serie de principios generales que deben guiar la aplicación de las normas contenidas en el nuevo título, las cuales regulan un sistema de apoyos estructurado en las figuras del “receptor de apoyos”, el “facilitador para el ejercicio de la capacidad jurídica” y un “plan de apoyos para el ejercicio de la capacidad jurídica”.

En primer lugar, respecto de los principios generales se establecen los de *“autonomía, vida independiente, igualdad, libertad, no discriminación, inclusión plena y efectiva en la sociedad y dignidad de las personas con discapacidad”* (art. 84). Si bien estos coinciden casi en su totalidad con los principios generales contenidos en el artículo 3 de la CDPD, llama la atención que se haya excluido de ese listado algunos principios como el de participación y accesibilidad, junto con que el principio de igualdad no sea suficientemente desarrollado.

En materia de capacidad jurídica, se establece como principio general que *“Las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida, tanto respecto de la titularidad de derechos como en su ejercicio”* agregando que dicha capacidad *“se presumirá y sólo podrá restringirse en virtud de una ley”* (art. 83). Por último, se establece que la designación de apoyos y establecimiento de salvaguardias serán *“orientados a colaborar en la expresión de los deseos y preferencias del receptor de éstos”* (art. 85).

A modo general, el sistema de apoyos para el ejercicio de la capacidad jurídica, es definido en el proyecto 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*

*preferencias.*” (Art. 86).

Los sujetos que participan del plan de apoyos son denominados receptor y facilitador. El primero es toda persona mayor de edad (art. 86) que desea establecer para sí un sistema para recibir apoyo en el ejercicio de su capacidad jurídica, sin que necesariamente deba ser una persona con discapacidad. El denominado facilitador es la persona natural o jurídica (art 90) que brinda los apoyos, debiendo orientar su actividad a asistir al receptor en la manifestación de su voluntad, e interpretar sus deseos y preferencias (artículos 87, 88 y 92), lo cual hará sin facultades de representación, salvo que así sea establecido expresamente (art. 86).

El establecimiento del plan de apoyos puede realizarse libremente y de forma convencional entre el receptor y el facilitador, el que deberá constar en escritura pública o instrumento privado protocolizado, pudiendo también disponer para la eventualidad de requerir en el futuro de asistencia en el ejercicio de la capacidad jurídica (art. 90). Se dispone también que, excepcionalmente, cuando la persona con discapacidad no pueda expresar su voluntad de modo alguno, circunstancia acreditada por informes médicos y sociales, tanto la designación de un facilitador como el establecimiento de un plan de apoyos puede ser realizada por el juez a petición de un tercero legítimamente interesado (artículos 86 y 87).

En consecuencia, en el caso del plan de apoyos establecido libremente por el receptor y el facilitador, estaríamos frente a un verdadero contrato, toda vez del sistema de apoyo celebrado se generarían obligaciones para el facilitador, quien en caso de incumplimiento o cumplimiento defectuoso (art. 89, inciso final) responderá hasta por culpa leve (art. 93). Además, atendiendo a que la ejecución de los actos del facilitador son indelegables, salvo expresa disposición en contrario (art. 94) junto a una lectura de las causales de extinción del plan de apoyo (art. 91), es posible concluir que se trata de un contrato de carácter *intuitu personae*.

En cuanto al contenido del sistema de apoyos, las medidas de apoyo que se adopten

deben ser individualizadas, adecuadas, efectivas, limitadas en el tiempo y graduadas (art. 89). Todo plan deberá regular al menos: 1º el señalamiento de uno o más facilitadores, sus eventuales reemplazantes, y la forma en que deberán actuar. 2º los criterios y pautas que el facilitador deberá respetar. Y 3º las salvaguardias para resguardar los intereses patrimoniales y extrapatrimoniales del receptor (art. 90).

Así las cosas, vemos que este proyecto establece una reforma bastante importante al régimen de capacidad, y avanza un largo trecho en el cumplimiento de las obligaciones adquiridas en materia de derechos humanos, lo cual merece un reconocimiento. No obstante ello, todavía presenta algunos vacíos e insuficiencias, los cuales sin duda pueden y deben ser superados en las siguientes etapas legislativas.

En primer lugar, es pertinente señalar que los conceptos contenidos en el epígrafe, es decir los apoyos, las salvaguardias y los cuidados, son los tres cuestiones distintas que requieren ser caracterizados y definidos diferenciadamente y con mayor profundidad. Esto tanto para efectos de una correcta aplicación, como también para lograr una debida armonía con los instrumentos internacionales que la motivan. Sobre ello, el INDH, en Informe respecto de este proyecto de ley, señala que *“sería conveniente que la regulación que se pretende introducir distinga adecuadamente entre las medidas de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica (artículo 12 CRPD y artículo 30 CIPM), por una parte, y las medidas de asistencia personal y cuidados, por otra (artículos 16.2, 28.2.c y 19 CRPD)”*<sup>217</sup>. El Informe destaca además la necesidad de dar un tratamiento integral y sistemático, que tenga en consideración los estándares establecidos en otros instrumentos internacionales vinculados a obligaciones relativas a adecuar las normas de la capacidad jurídica, como la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores (CIPM)<sup>218</sup>. Recomienda ajustar la normativa conforme a la cual la

---

<sup>217</sup> Instituto Nacional de Derechos Humanos, en *Informe sobre el proyecto de ley 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*. (Boletín N° 12.441-17), aprobado en sesión ordinaria N°485 del 10 de junio de 2019. <https://bibliotecadigital.indh.cl/handle/123456789/1391>

<sup>218</sup> *Idem*.

capacidad jurídica de las personas con discapacidad debe reconocerse en todos los aspectos de la vida, sin que se contemple la posibilidad de restricciones o limitaciones, en armonía a lo dispuesto por la CDPD, advirtiendo que dicha limitación, aunque con matices, sí es tolerada por la CIPM<sup>219</sup>. Por último recomienda establecer medidas más precisas dirigidas a evitar que la figura del facilitador reemplace la voluntad del receptor<sup>220</sup>.

Hay otros aspectos formales que generan cuestionamientos. En otro Informe, esta vez de la Corte Suprema, se advierte que *“desde el punto de vista formal, se pretende incorporar a una ley especial la regulación sobre el ejercicio de la capacidad jurídica, en lugar de incluirla en el Código Civil, que es el texto legal en el cual se encuentran las reglas generales relativas a las personas y al ejercicio de su capacidad jurídica.”*<sup>221</sup>. Esto por cierto que genera dudas, por ejemplo, en relación a la admisibilidad de una aplicación supletoria del Código Civil. En ese mismo sentido, profundiza señalando que en el proyecto no existe una regulación legal supletoria frente al silencio de las partes, ni presenta salvaguardias adecuadas a los distintos grados de discapacidad<sup>222</sup>. Agrega que tampoco se entregan reglas especiales aplicables a aquellas personas que no pueden darse a entender claramente, lo cual repercute en problemas de interpretación de la voluntad. Esta situación resulta especialmente delicada desde un punto de vista dogmático, pues las circunstancias en las cuales la voluntad no puede entenderse de manera clara e inequívoca debe equipararse a la falta de manifestación de voluntad.<sup>223</sup> Destaca que el proyecto podría incurrir en un incumplimiento a las obligaciones establecidas en el numeral 4 del artículo 12, al no contemplar mecanismos especiales para personas aisladas y el acceso a un sistema gratuito o de costo simbólico.<sup>224</sup>

Un aspecto particularmente preocupante, que también es recogido por la Corte, es

---

<sup>219</sup> *Idem.*

<sup>220</sup> *Idem.*

<sup>221</sup> Corte Suprema de Chile, en *Informe Proyecto de Ley N° 24-2019*, Oficio N° 138-2019, Boletín N°12.441-17, <https://www.camara.cl/verDoc.aspx?prmID=25698&prmTIPO=OFICIOPLEY>

<sup>222</sup> *Idem.*

<sup>223</sup> *Idem.*

<sup>224</sup> *Idem.*

que el proyecto de ley no contemple reglas que permitan realizar exámenes periódicos a los planes de apoyo por parte de alguna autoridad administrativa u órgano judicial, de modo tal que pueda comprobarse la correcta ejecución de las acciones de apoyo, evitar posibles abusos e influencias indebidas, y dar seguimiento al cumplimiento de aspectos formales en la celebración y ejecución del sistema de apoyos.

Pueden observarse también algunas indefiniciones en el proyecto en relación a la regulación procesal. Por ejemplo, cuál sería el procedimiento aplicable y la competencia del tribunal que debe conocer del juicio de responsabilidad del facilitador o de la posibilidad de que un tercero pueda provocar el establecimiento de un sistema de apoyos, solicitándolo ante el juez. Sobre este punto, la Corte consigna que si bien se dispone que el tercero debe tener interés legítimo, no se entrega criterios que permitan tenerlo por acreditado, como tampoco se especifica el tribunal competente para conocer dicho asunto, ni el procedimiento aplicable, ni si es de carácter contencioso o no contencioso<sup>225</sup>. Ello plantea dudas acerca de si resultaría aplicable a este respecto la acción contenida en el artículo 57 de dicha ley, la cual se ejerce ante los Juzgados de Policía Local y de acuerdo a su correspondiente procedimiento<sup>226</sup>.

En virtud de lo expuesto, resulta de manifiesto que la situación actual de vulneración a los derechos de las personas con discapacidad amerita avanzar urgentemente en la tramitación legislativa de proyectos como éste, por supuesto corrigiendo aquellos aspectos que resultan deficientes. No obstante, también es cierto que existen ciertas barreras que limitan la posibilidad de subsanar algunos de esos defectos, cuestión que es soslayada cuando en el preámbulo del proyecto se señala que *“el proyecto tiene ciertos vacíos, que (...) en su mayoría vienen dados por las restricciones que los parlamentarios enfrentamos a la hora de presentar proyectos de ley”*.

Para graficarlo, es posible advertir que el sistema de apoyos planteado en esta

---

<sup>225</sup> *Idem.*

<sup>226</sup> *Idem.*

moción es insuficiente, circunstancia la cual creemos que guarda relación con que el proyecto requiere superar eventuales vicios de inconstitucionalidad. La existencia de impedimentos constitucionales como el respeto a la iniciativa exclusiva del Presidente de la República, limitan enormemente el margen de atribuciones de los parlamentarios para perfeccionar el proyecto. Como las carencias que pueden observarse en el sistema de apoyos contenido en el proyecto se vinculan a que no basta la figura del facilitador para dar un apoyo efectivo al ejercicio de la capacidad jurídica, sino que se requieren de mecanismos adicionales, de una institucionalidad mucho más robusta y del establecimiento de recursos permanentes, la incorporación de medidas que profundicen más en ello podría vulnerar la iniciativa exclusiva del Presidente. Tal sería el caso, si por ejemplo, implicara una disposición presupuestaria o la modificación en las atribuciones de servicios públicos.

En conclusión, considerando que la implementación y adecuación de este proyecto a los términos propuestos por los instrumentos internacionales se ve fuertemente limitada, se hace imprescindible recalcar que el cumplimiento de las obligaciones adquiridas en materia de derechos humanos debe ser enfrentado como un asunto de Estado y en permanente coordinación interinstitucional.

## CONCLUSIONES

- Las personas con discapacidad siguen siendo sujeto de discriminación y vulneración de sus derechos fundamentales. Nuestro ordenamiento jurídico presenta importantes anacronismos y contradicciones que diezman la participación efectiva y plena de las personas con discapacidad intelectual e impiden su realización personal de acuerdo a sus propios intereses y preferencias. Las limitaciones que deben enfrentar las personas con discapacidad intelectual son de tal entidad que, en definitiva, controvierten el derecho a igualdad ante la ley, producen una degradación de la propia condición de persona, y resultan contrarias a tratados internacionales suscritos por Chile.
- En la esfera del derecho civil, estos impedimentos resultan singularmente severos, toda vez que la noción de incapacidad absoluta del demente junto a los vigentes procedimientos de interdicción, operan como un estatuto mediante el cual se excluye a las personas con discapacidad intelectual de la capacidad para ejercer por sí mismos sus propios derechos, se le desconoce valor a su voluntad, y eventualmente su persona es sustituida jurídicamente por otra, quien opera para todos los efectos como su representante legal. Esta circunstancia se explica, más no se justifica, en que históricamente, las instituciones que gobiernan la lógica del derecho civil se han construido sobre la base de decisiones políticas que prescinden de ciertos colectivos de individuos, excluyéndolos de la participación social y jurídica. El avance de la burguesía y la inclinación del liberalismo hacia la protección de la seguridad del tráfico jurídico y la libertad contractual, ha permitido el diseño de categorías jurídicas artificiales y paternalistas que introducen una sobrevaloración de la racionalidad y autonomía que envolvería la toma de decisiones de trascendencia para el Derecho.
- Por otra parte, y contrario a lo que reiteradamente se suele afirmar, vale mencionar que el estatuto que priva a las personas con discapacidad intelectual de celebrar válidamente y por sí mismos actos jurídicos no acaba en el mero



ámbito patrimonial, puesto que también encontramos desventajas e impedimentos en el acceso a la justicia, a formar una familia, a ejercer derechos civiles y políticos, todos los cuales favorecen la continuidad del círculo vicioso de la vulnerabilidad.

- A ello debe sumarse que permanecen vigentes en nuestro Código una serie de disposiciones que contienen una nomenclatura particularmente discriminatoria, ofensiva e imprecisa respecto de las personas con discapacidad, circunstancia la cual no sólo resulta vejatoria de sus derechos, sino que también, al encontrar una falta de sistematicidad y coherencia conceptual con otros cuerpos legales, se producen efectos indeseados sobre la interpretación judicial de las normas.
- El estudio dogmático clásico de las instituciones jurídicas clásicas se enfrenta en nuestros días a la notoriedad que han alcanzado nuevas perspectivas y enfoques acerca de la capacidad y a la promoción del modelo social de la discapacidad. Ello ha permitido visualizar que los modelos de atribución de incapacidad, como el que establece nuestro Código Civil, resultan discriminatorios y vulneratorios de derechos fundamentales, por estar fundados directa o indirectamente en la discapacidad. Estas perspectivas son plasmadas en la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD), la que introduce una idea revolucionaria para el derecho civil consistente en la noción de capacidad jurídica universal, acompañada de sistemas de apoyo en la toma de decisiones. Ello significa avanzar en el reconocimiento de la voluntad de las personas con discapacidad y el derecho a contar con plena capacidad jurídica para ejercer por sí sus derechos, en condiciones tales que se les permita hacerlo de forma eficaz y en igualdad de condiciones, pudiendo recibir apoyos para ello en cuanto lo requieran.
- La CDPD ha motivado importantes reformas en las legislaciones nacionales de los Estados partes que la suscriben. En el caso de nuestro país, aún cuando se ha avanzado en la materia, las obligaciones que impone el artículo 12 de la

CDPD no han sido satisfechas. En ese sentido, la autoridad legislativa se encuentra actualmente discutiendo a lo menos dos proyectos de ley que modifican el régimen de capacidad jurídica vigente. Con luces y sombras, uno de estos proyectos se ajusta en mejor medida a los estándares que impone la Convención, y es de esperar que se le introduzcan algunas indicaciones que permitan perfeccionarlo.

- Finalmente, nuestro ordenamiento jurídico requiere de una profunda transformación en materia del régimen de capacidad jurídica vigente, ajustándose a los criterios que establece la CDPD. En ese sentido, resulta un imperativo adoptar ciertas medidas, especialmente:
  - 1) Eliminar las disposiciones que atribuyen incapacidad absoluta al demente y al sordo o sordomudo que no pueda darse a entender claramente. Urge entonces eliminar estas expresiones del artículo 1447 del Código Civil y demás disposiciones a las que se les hace mención.
  - 2) Eliminar las instituciones de atribución de incapacidad y de sustitución de voluntad, como los procedimientos de interdicción y de establecimiento de curadurías generales. Ello implica además de modificar el Código Civil, la derogación de la Ley N° 18.600. En cambio, se requiere introducir el pleno reconocimiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, junto de una regulación para el establecimiento de mecanismos de apoyo en la toma de decisiones donde prime la voluntad de la persona, el cual incluya un diseño de salvaguardias adecuadas que impida abusos, influencias indebidas y conflictos de interés.

## BIBLIOGRAFÍA

### DOCTRINA

1. Alessandri, Arturo, Manuel Somarriva y Antonio Vodanovic, *Tratado de Derecho Civil*, 8ª ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2015.
2. Aravena, Paz. "Apoyos emancipadores y participativos: ruta para lograr la inclusión (educativa) de la infancia con discapacidad intelectual", en *Discapacidad intelectual y Derecho*, ed. y coord. por Nicolas Espejo y Fabiola Lathrop (Santiago: Thomson Reuters, 2019), 321-349
3. Arenas, Sergio. "Hacia el fin del dogma 'voluntad es capacidad' en el derecho civil chileno", *Derecho y Justicia*, 3 (2013): 73-99. DOI: <https://doi.org/10.29344/07196377.3.1393>
4. Bach, Michael y Lara Kerzner, *A New Paradigm for Protecting Autonomy and the Right to Legal Capacity*, (Ontario: Law Commission of Ontario, 2010). <https://www.lco-cdo.org/wp-content/uploads/2010/11/disabilities-commissioned-paper-bach-kerzner.pdf>
5. Barcia, Rodrigo. "Algunas críticas al Derecho Común y especialmente a la regulación de las incapacidades respecto del adulto mayor en el ordenamiento jurídico chileno", *Revista Chilena de Derecho Privado*, 23 (2014): 57-86. URL: <https://www.rchdp.cl/index.php/rchdp/article/view/121>
6. Bariffi, Francisco. "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, Universidad Carlos III de Madrid, 2014), <http://hdl.handle.net/10016/18991>
7. Benavides, Álvaro. "Los derechos de las personas con discapacidad intelectual en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos". En *Discapacidad intelectual y Derecho*, ed. y coord. por Nicolas Espejo y Fabiola Lathrop. Santiago: Thomson Reuters, 2019. 32-53.
8. Cuenca, Patricia. "La capacidad jurídica de las personas con discapacidad: el art. 12 de la Convención de la ONU y su impacto en el ordenamiento jurídico

- español", *Derechos y Libertades* II, 24 (2011): 221-257, URL: <http://hdl.handle.net/10016/16150>
9. Cuenca, Patricia. "Sobre la inclusión de la discapacidad en la teoría de los Derechos Humanos", *Revista de Estudios Políticos*, 158 (2012): 103-137, DOI: <https://doi.org/10.18042/39941>
  10. De Asis, Rafael. "Derechos humanos y discapacidad. Algunas reflexiones derivadas del análisis de la discapacidad desde la teoría de los derechos", en *Igualdad, No discriminación y discapacidad*, coordinado por Ignacio Campoy y Agustina Palacios (Madrid: Dykinson, 2007) 17-50
  11. Demogue, René. *Traité des obligations en général*, Vol. 7. Paris: Schmidt Periodicals, 1933.
  12. Dhanda, Amita. "Legal Capacity in the Disability Rights Convention: Stranglehold of the Past or Lodestar for the Future", *Syracuse Journal of International Law & Commerce*, Vol. 34, N.º 429 (2007): 429-462, URL: [https://www.academia.edu/3572464/Legal\\_Capacity\\_in\\_the\\_Disability\\_Rights\\_Convention\\_Stranglehold\\_of\\_the\\_Past\\_or\\_Lodestar\\_for\\_the\\_Future\\_2006\\_2007](https://www.academia.edu/3572464/Legal_Capacity_in_the_Disability_Rights_Convention_Stranglehold_of_the_Past_or_Lodestar_for_the_Future_2006_2007)
  13. Espejo, Nicolás. "Introducción: Persona, autonomía y capacidad", en *Discapacidad intelectual y Derecho*, ed. y coord. por Nicolas Espejo y Fabiola Lathrop (Santiago: Thomson Reuters, 2019), 2-21.
  14. Fortuna, Sebastián. "Aproximaciones al régimen de la capacidad en el Proyecto de Reforma de los Códigos Civil y Comercial de la Nación", *Revista Jurídica*, 17 (2013): 204-231. URL: <http://dspace.uces.edu.ar:8180/xmlui/handle/123456789/2147>
  15. Jaruffe, Daniela. "Los derechos de las personas con discapacidad en algunos países del entorno europeo", en *Discapacidad intelectual y Derecho*, ed. y coord. por Nicolas Espejo y Fabiola Lathrop (Santiago: Thomson Reuters, 2019), 217-245.
  16. Larenz, Karl. *Derecho Civil: Parte General*. 3ª ed. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, 1978.
  17. Lathrop, Fabiola. "Capacidad jurídica de las personas con discapacidad intelectual, cognitiva y/o psicosocial en Chile", en *Discapacidad intelectual y*

- Derecho*, ed. y coord. por Nicolás Espejo y Fabiola Lathrop, (Santiago: Thomson Reuters, 2019) 137-165.
18. Lathrop, Fabiola. "Discapacidad intelectual: análisis crítico de la interdicción por demencia en Chile", *Revista de Derecho (Valdivia)* Vol. 32, n.º1 (2019): 117-137. DOI: 10.4067/S0718-09502019000100117.
19. León, Avelino. *La voluntad y la capacidad en los actos jurídicos*, 4ª ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1991.
20. Lyon, Alberto. "El concepto de persona y su papel en nuestro sistema legal: Análisis crítico del fallo del Tribunal Constitucional que declaró la constitucionalidad de la ley que despenalizó el aborto en tres causales", *Revista Jurídica Digital UANDES*, Vol. 2, n.º 2 (2018): 93-114. DOI: 10.24822/rjduandes.0202.6.
21. Lyon, Alberto. *La persona natural*. Santiago: Ediciones Universidad Católica de Chile, 2006.
22. Mac Hale, Tomás. "Orden, orden público, y orden público económico", *Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*, Universidad de Chile, Cuarta Época, VIII, 8 (1968). URL: [http://web.uchile.cl/vignette/analesderecho/CDA/an\\_der\\_articulo/0,1361,SCID%253D2569%2526ISID%253D210,00.html](http://web.uchile.cl/vignette/analesderecho/CDA/an_der_articulo/0,1361,SCID%253D2569%2526ISID%253D210,00.html).
23. Marshall, Pablo. "El ejercicio de derechos fundamentales de las personas con discapacidad mental en Chile: derecho internacional, enfoques teóricos y casos de estudio", *Revista de Derecho (Universidad de Concepción)*, 247 (2020) 45-81.
24. Palacios, Agustina. "El modelo social de la discapacidad", en *Nueve conceptos claves para entender la Convención Sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, ed. por Salmon, E. y Bregaglio, R., (Lima: Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2014), 9-34.
25. Palacios, Agustina y Francisco Bariffi, *Capacidad Jurídica, Discapacidad y Derechos Humanos*. Buenos Aires: EDIAR, 2012.
26. Palacios, Agustina y Franciso Bariffi, *La discapacidad como una cuestión de derechos humanos: Una aproximación a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*. Madrid: Ediciones Cinca, 2007.

27. Ramos Pazos, René. *Derecho de Familia*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1993.
28. Silva, Paula. *La capacidad jurídica de las personas con discapacidad intelectual: Régimen jurídico chileno y bases para su modificación*. Santiago: Thomson Reuters, 2017.
29. Silva, Paula. "Sobre la interdicción por demencia en la legislación chilena", en *Discapacidad intelectual y Derecho*, ed. y coord. por Nicolas Espejo y Fabiola Lathrop (Santiago: Thomson Reuters, 2019), 165-190.
30. Somarriva, Manuel. *Derecho de Familia*, Santiago: Editorial Nascimento, 1963.
31. Villareal, Carla. "El reconocimiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad mental e intelectual y su incompatibilidad con los efectos jurídicos de la interdicción y la curatela: Lineamientos para la reforma del Código Civil y para la implementación de un sistema de apoyos en el Perú" (Trabajo fin de máster, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2014), <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r36872.pdf>
32. Weidenslaufer, Christine y Paola Truffelo, "Los sistemas de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad en el Derecho comparado", en *Discapacidad intelectual y Derecho*, ed. y coord. por Nicolas Espejo y Fabiola Lathrop (Santiago: Thomson Reuters, 2019), 217-245
33. Zweigert, Konrad y Hein Kötz, *Introducción al derecho comparado*. 3ª ed. México: Oxford University Press, 2002.

### **TRATADOS INTERNACIONALES Y LEGISLACIÓN EXTRANJERA**

1. ONU. Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad. Nueva York. 2008.
2. Procuraduría General de la República, Costa Rica. Sistema Costarricense de Información Jurídica. "Reglamento a la Ley para Promoción de la Autonomía Personal de las Personas con Discapacidad," Decreto Ejecutivo N° 41087. [en línea]  
[http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm\\_texto\\_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=86554&nValor3=112370&strTipM=TC](http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=86554&nValor3=112370&strTipM=TC)

3. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Perú. *“Decreto Legislativo que reconoce y regula la capacidad jurídica de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones”*, Decreto Legislativo N° 1384. [en línea] <https://www.gob.pe/institucion/minjus/normas-legales/190877-1384>
4. Congreso de Colombia. *“Ley 1996 de 2019 por medio de la cual se establece el régimen para el ejercicio de la capacidad legal de las personas con discapacidad mayores de edad”*. Espacio Virtual de Asesoría de Función Pública. [en línea] <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=99712#:~:text=Objeto.,el%20ejercicio%20de%20la%20misma.>

### **PROYECTOS DE LEY**

1. Senado. Boletín N° 12.612-07. *Proyecto de ley que restringe gradualmente la capacidad de ejercicio de los adultos mayores con deterioro cognitivo*. Ingresado el 8 de mayo de 2019. [http://www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php?boletin\\_ini=12612-07](http://www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php?boletin_ini=12612-07)
2. Cámara de Diputadas y Diputados. Proyecto de Ley Boletín 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 autonomía”*. <https://www.camara.cl/legislacion/ProyectosDeLey/tramitacion.aspx?prmID=12972&prmBOLETIN=12441-17>

### **JURISPRUDENCIA**

1. Corte de Apelaciones de Concepción, 27 de agosto de 1986, Gaceta, tomo 2 N° 3.325.
2. Corte de Apelaciones de Concepción, 10 junio 2008, Rol 240-2008.
3. Corte de Apelaciones de Santiago, 5 de noviembre de 2015, Rol 9316-2015.

## **PRENSA**

1. La Tercera. “¿Es discriminatorio pedir certificado médico de ‘sano juicio’ a personas mayores en trámites legales?”. 21 de agosto de 2019. [en línea] <https://www.latercera.com/que-pasa/noticia/pedir-certificado-medico-de-sano-juicio-a-personas-mayores-en-tramites-legales/788361/>

## **OTRAS FUENTES**

1. Office of the High Commissioner for Human Rights. Status of Ratification: Interactive Dashboard. <https://indicators.ohchr.org/>
2. Comité Sobre Los Derechos de las Personas con Discapacidad (Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad), *Observación General N° 1*, 11° período de sesiones, 31 de marzo a 11 de abril de 2014. <http://www.convenciondiscapacidad.es/wp-content/uploads/2019/01/Observaci%C3%B3n-1-Art%C3%ADculo-12-Capacidad-jur%C3%ADdica.pdf>
3. Comité Sobre Los Derechos de las Personas con Discapacidad (Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad), *Observaciones finales sobre el informe inicial de Chile*, 18 de abril de 2016. [https://ddhh.minjusticia.gob.cl/media/2016/12/CRPD\\_C\\_CHL\\_CO\\_1\\_23679\\_S.pdf](https://ddhh.minjusticia.gob.cl/media/2016/12/CRPD_C_CHL_CO_1_23679_S.pdf)
4. Corte Suprema de Chile, *Informe Proyecto de Ley N° 24-2019*, Oficio N° 138-2019, Boletín N°12.441-17, <https://www.camara.cl/verDoc.aspx?prmID=25698&prmTIPO=OFICIOPLEY>
5. Instituto Nacional de Derechos Humanos, en *Informe sobre el proyecto de ley 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*. (Boletín N° 12.441-17), aprobado en sesión ordinaria N°485 del 10 de junio de 2019. <https://bibliotecadigital.indh.cl/handle/123456789/1391>