

# Capacidad jurídica: una reflexión necesaria a la luz de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad

## *Legal capacity: a necessary reflection in the light of the Convention on the Rights of the Persons with Disability*

**Álvaro Benavides López**

Universidad Católica Silva Henríquez, Chile

Abogado, Doctor en Derechos Humanos, Máster en Estudios avanzados en Derechos Humanos, "Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas", por la Universidad Carlos III de Madrid, España. Especialista en Derecho Constitucional y Ciencias Políticas, por el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, España. Profesor asociado de Derechos Humanos y Derecho Constitucional de la Escuela de Derecho de la Universidad Católica Silva Henríquez, Santiago, Chile. Miembro de la Red de Expertos Iberoamericanos de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Abogado del Programa de Derechos Humanos del Ministerio del Interior, Chile. [benavideslopez@gmail.com](mailto:benavideslopez@gmail.com)

### RESUMEN

La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad establece un trascendental cambio de paradigma en la regulación de la capacidad jurídica, que consiste en el reconocimiento de la capacidad de ejercicio de las personas en situación de discapacidad, y en el paso del sistema de sustitución al sistema de apoyo en la toma de decisiones. En el presente trabajo se pretende dar cuenta de la regulación de la capacidad jurídica en el derecho chileno, y el impacto que provoca este enfoque basado en derechos. Por último, el artículo busca reflexionar sobre algunas cuestiones que podrían ser significativas para la plena efectividad del artículo 12 de la Convención en nuestro país.

**Palabras clave:** discapacidad – convención – capacidad jurídica – derechos humanos – modelos de apoyo – modelo de sustitución.

### ABSTRACT

The Convention on the Rights of the Persons with Disability establishes a far-reaching change of paradigm in the regulation of the legal capacity that consists in the recognition of capacity of exercise of persons with disability and in the change from the system of substitution to the system of support in decision-making. This article aims to present the regulation of the legal capacity in the Chilean law system and the impact that this rights-based approach causes. Finally, it invites to reflect upon some issues that may be significant for the full application of the article 12 of the Convention in our country.

**Key words:** disability – convention – legal capacity – human rights – support models – substitution model.

### Introducción

La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad<sup>1</sup> (CDPD) representa la reacción de la comunidad internacional ante el largo historial de discriminación, exclusión y

<sup>1</sup> Es la primera Convención de Derechos Humanos del siglo XXI, aprobada en 2006 por la Asamblea General de Naciones Unidas, con la participación de distintas ONG de personas en situación de discapacidad. La Convención vincula el fenómeno de la discapacidad con los derechos humanos, provocando un cambio radical en cuanto al tratamiento del

deshumanización de las personas en tal condición. Suele afirmarse que este instrumento implica un cambio de paradigma en el tratamiento del fenómeno, que puede sintetizarse en su consideración como una cuestión de derechos humanos<sup>2</sup>. Manejar un enfoque de derechos humanos importa tomarse en serio la idea de que las personas en situación de 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. Como es sabido, la Convención en su artículo 12 reconoce que dichas personas tienen “capacidad jurídica en igualdad de condiciones que las demás”, lo que implica un cambio fundamental en el tratamiento jurídico de la discapacidad<sup>3</sup>, entendiéndose que esta nueva noción engloba tanto la titularidad (dimensión estática) de derechos y obligaciones como la posibilidad de ejercicio (dimensión dinámica) de los mismos. Se modifica así, la construcción clásica del concepto de capacidad jurídica y su interpretación.

Es por esto que hablamos de un nuevo paradigma de capacidad jurídica, que debe ocupar un lugar de primer orden en una reforma integral orientada a lograr la igualdad de derechos de las personas en situación de discapacidad, en cumplimiento del propósito de este instrumento internacional, como lo han destacado Bariffi y Palacios, al afirmar que “la capacidad jurídica es la puerta de acceso al ejercicio de todos los derechos”<sup>4</sup>.

Junto al reconocimiento de la plena capacidad jurídica, en el artículo 12 también subyace un nuevo modelo en la *toma de decisiones*, denominado “modelo de apoyo”, siendo este más coherente con el modelo social de discapacidad y la perspectiva de los derechos humanos. Un nuevo sistema de apoyo o de asistencia, que consiste ya no en la sustitución de la voluntad por un tercero (modelo de sustitución en la toma de decisiones o de “representación” presente en el derecho civil del ordenamiento interno), sino en “apoyar” a la persona en el proceso de toma de decisiones, lo que implica decidir “con” la persona y no “por” ella. Este cambio de modelo es trascendental en la vida de las personas en situación de discapacidad, ya que se reconoce su libertad de decisión sobre su proyecto de vida de la manera más autónoma posible. Este sistema de apoyos en principio pretende abarcar a todas las personas con discapacidad, siendo más respetuoso de su dignidad y conformándose como un modelo inclusivo.

La incorporación de este nuevo paradigma de capacidad jurídica en los ordenamientos nacionales tendrá un impacto de gran calado en todos los ámbitos del derecho doméstico, sobre todo en el derecho civil. Chile, al ratificar la Convención y su Protocolo Facultativo en el año 2008, ha debido ajustar su legislación interna para incorporar de manera efectiva esta nueva propuesta. A siete años de dicha ratificación, es momento de revisar si estas concepciones se han ido plasmando al interior de nuestro ordenamiento. Siendo la CDPD un tratado de derechos humanos, se incorpora a nuestro ordenamiento jurídico con jerarquía de rango constitucional, pues “la enmienda al inciso segundo del artículo 5 reafirmó la categoría constitucional de los derechos humanos consagrados en los tratados internacionales vigentes en Chile y agregó al rango constitucional

---

colectivo desde lo jurídico, ético y social. Chile ratificó en 2008 la Convención y su Protocolo Facultativo, incorporándose al ordenamiento jurídico interno.

<sup>2</sup> Véase: por ejemplo, PALACIOS, Agustina, y BARRIFFI, Francisco. 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, Colección Telefónica Accesible, 2007.

<sup>3</sup> De ASÍS, Rafael. Sobre la capacidad. Papeles El tiempo de los derechos. (1), 2009.

<sup>4</sup> BARRIFFI, Francisco. Capacidad jurídica y capacidad de obrar de las personas con discapacidad a la luz de la Convención de la ONU. En: PÉREZ BUENO, Luis. (Dir.). Hacia un Derecho de la Discapacidad. Estudios en homenaje al Profesor Rafael de Lorenzo. Pamplona, Thomson Reuters Aranzadi, 2009, pp. 353-390.

a los derechos y obligaciones establecidos en los tratados internacionales ratificados por Chile con todo su acervo: catálogo con su acervo jurisprudencial, obligaciones generales, normas de resolución de conflictos (suspensión de derechos y restricciones legítimas), de forma tal que se haga más factible el pleno goce y ejercicio de los mismos”<sup>5</sup>.

La finalidad del presente escrito es precisamente constatar, por medio de un breve análisis de la legislación civil interna, el impacto que esta nueva propuesta ha provocado en su interior, y cuáles han sido las manifestaciones jurídicas y políticas de los últimos años orientadas al cumplimiento efectivo de la Convención.

## 1. Dónde estamos

En el ámbito jurídico es común diferenciar entre personalidad, capacidad jurídica y capacidad de ejercicio. La primera permite “hacer referencia a todas las personas; la segunda es entendida como consecuencia de la personalidad y se traduce en el reconocimiento de la posibilidad de ser titular de derechos y obligaciones; la tercera, la capacidad de obrar o de ejercicio, se relaciona con el ejercicio de los derechos y las obligaciones”<sup>6</sup>. Así, mientras que en teoría, las dos primeras se tienen por el hecho de ser persona, la tercera requiere de algunos otros rasgos o, si se prefiere, puede ser limitada por determinadas circunstancias.

El ordenamiento jurídico civil chileno no escapa a la clasificación, y distingue dos tipos de capacidad; “una, que consiste en la aptitud legal para adquirir derechos y obligaciones, denominada comúnmente *capacidad de goce*; y otra, que consiste en la aptitud de las personas humanas para obrar por sí mismas en la vida civil, denominada *capacidad de obrar* o, simplemente *de ejercicio*”<sup>7</sup>. El principio general establecido en el Código Civil chileno (en adelante CC), es que todas las personas son capaces, salvo aquellas que la ley haya declarado incapaces. Así lo dispone el artículo 1446 del CC. En consecuencia, la capacidad es la regla y la incapacidad es la excepción. El principio legal precedentemente expuesto significa también que cada “incapaz”, de derecho o de hecho, lo es únicamente en la medida establecida por la ley.

La capacidad de goce es consustancial al concepto de persona. Así, “toda vez, lo que constituye en esencia la personalidad es la posibilidad jurídica de adquirir derechos y obligaciones. De modo que es inconcebible que pueda existir una persona que carezca de esta capacidad o que teniéndola, carezca de personalidad”<sup>8</sup>. Diríamos entonces que no hay incapacidades de goce absolutas. Esta capacidad de goce, de ser titular o sujeto de un derecho, no está definida por el CC, pero se estudia doctrinariamente como atributo de la personalidad, por lo que todo individuo de la especie humana tiene capacidad de goce, de ahí que se diga que se confunde con la noción de personalidad.

En cambio, la capacidad de ejercicio sí está definida legalmente. El artículo 1445 CC señala: “la capacidad legal de una persona consiste en poderse obligar por sí misma y sin el ministerio o autorización de otra”. Diremos que esta clasificación de capacidad jurídica y de capacidad de ejercicio pertenece a la dogmática jurídica moderna, que es formulada, en buena medida por los

<sup>5</sup> NASH, Claudio. La incorporación de instrumentos internacionales de derechos humanos en el ámbito nacional: experiencia chilena. Ponencia presentada en “Curso regional para jueces, fiscales y abogados de Argentina, Chile y Uruguay”, organizado por la UNICEF, Montevideo, 2003.

<sup>6</sup> DE ASÍS, Rafael. Sobre la capacidad. op. cit. p. 3.

<sup>7</sup> LYON, Alberto. Personas naturales. Santiago, Ediciones de la Universidad Católica de Chile, 1985, p. 172.

<sup>8</sup> *Ibidem*.

pandectistas alemanes del siglo XIX, y tiene su fundamento en las fuentes romanas y en la tradición romanista. Según dicha clasificación, el concepto de capacidad jurídica estará compuesto por dos dimensiones: una *estática*, representada por la titularidad de derechos y obligaciones, y otra *dinámica* que representará el ejercicio de los mismos. Precisamente es en esta última dimensión en donde hallamos obstáculos para el libre ejercicio de los derechos de las personas en situación de discapacidad. Es así como tradicionalmente se ha considerado que ciertas discapacidades (por ejemplo la sordera, sordomudez, mentales) son causales de incapacitación. Ante esta situación, la respuesta jurídica ha sido la de limitar de un modo absoluto la capacidad jurídica de estas personas, lo que se suele denominar como incapacitación absoluta, que comprende todos los aspectos significativos de carácter personal (matrimonio, adopción, etcétera) y de carácter patrimonial (testar, comprar, vender, donar, etcétera) del individuo<sup>9</sup>.

Resulta esencial tener en cuenta que en muchas legislaciones nacionales (incluyendo la chilena), la capacidad jurídica es regulada civilmente, de acuerdo con los principios y necesidades propias del derecho privado. Desde este enfoque, la capacidad aborda básicamente como una cuestión técnica relacionada con la intervención en el tráfico jurídico, conforme con el fin básico de proteger la seguridad del mismo. En estas coordenadas, la representación (modelo de sustitución en la toma de decisiones) y la administración del patrimonio se presentan como un modelo cómodo.

En relación con lo anterior, el derecho privado se ha venido mostrando muy poco permeable a los principios, acordes con el modelo social y el discurso de los derechos humanos, que en los últimos años han ido marcando la evolución del tratamiento de la discapacidad en el ámbito del derecho público<sup>10</sup>.

En este sentido, el modelo de sustitución vigente en la legislación chilena prioriza la protección y la seguridad jurídica, restringiendo, en ocasiones excesivamente, la autonomía de las personas en situación de discapacidad.

Ante este panorama “el Estado se preocupa por el bienestar de los ciudadanos y aquí será importante saber hasta qué punto dicha preocupación (y consiguiente intervención) se encuentran justificadas; ya que el modo en que interfiera afectará irremediablemente a su legitimidad, esto es, al conjunto de valores y principios que operan como criterios de justificación de las normas jurídicas e instituciones políticas vigentes en una sociedad”<sup>11</sup>. Esta intervención de carácter *pater-nalista* plantea pues, un problema crucial en una sociedad liberal al tener que explicarse por qué está justificado que el Estado limite la libertad de sus ciudadanos cuando sus comportamientos no dañan a terceras personas<sup>12</sup>.

El derecho civil chileno no escapa a este problema crucial, debido a que en su interior presenta un modelo de atribución directa de “incapacidad”<sup>13</sup>, donde se interviene sobre la libertad de

<sup>9</sup> BARIFFI, Francisco. Capacidad jurídica y capacidad... op. cit., p. 363.

<sup>10</sup> SEOANE RODRÍGUEZ, José Antonio y ÁLVAREZ LATA, Natalia. El proceso de toma de decisiones de la persona con discapacidad, una revisión de los modelos de representación y guarda a la luz de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Derecho Privado y Constitución. (24): 11-66, 2010.

<sup>11</sup> RAMIRO, Miguel Ángel. A vueltas con el paternalismo jurídico. Derechos y Libertades. (15), 2006, p. 215.

<sup>12</sup> *Ibídem*.

<sup>13</sup> Clasificación sobre modelos de incapacidad desarrollados por BARIFFI, Francisco. Capacidad jurídica y discapacidad: una visión del derecho comparado. En: PALACIOS Agustina y BARIFFI Francisco (Coords.) Capacidad Jurídica, Discapacidad y Derechos Humanos. Una revisión desde la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Buenos Aires, EDIAR, 2010 (en prensa).

decidir de algunas personas, por su situación de discapacidad, fundamentado en “evitar un daño a sí mismos o a terceros”.

Entendemos que estas medidas de protección muchas veces se aplican de manera desproporcionada, debido al carácter absoluto del modelo que rige en su interior. Aquí, la capacidad jurídica se tiene del todo o nada. Estos mecanismos son incompatibles con los nuevos planteamientos que subyacen en el artículo 12 de la CDPD. Incompatibilidad que podemos constatar realizando una mirada general de la normativa civil que rige la capacidad jurídica en Chile. Diremos que el CC chileno no contiene una “teoría general de la capacidad”, sino reglas generales sobre la incapacidad. Dicho de otro modo, “el Código estudia la capacidad desde un aspecto negativo, desde el aspecto de las incapacidades. Clasifica las incapacidades y establece todo un sistema de protección de las incapacidades (las guardas, entre otras)”<sup>14</sup>.

Es así como el artículo 1446 del CC chileno establece que “toda persona es legalmente capaz, excepto aquellas que la ley declara incapaces”. Aparentemente hay una regla general de presunción de la capacidad jurídica, sin embargo, acto seguido el artículo 1447 nos dice que “son absolutamente incapaces los dementes, los impúberes y los sordos o sordomudos que no pueden darse a entender claramente”. Es decir, por ley, se especifica quiénes son “incapaces” absolutos, por tanto la carga de prueba para demostrar lo contrario es de la propia persona en situación de discapacidad, cuando debiera presumirse su capacidad por el artículo 1446.

Es así como la restricción actual de la capacidad de ejercicio se apoya en una serie de rasgos que definen a un individuo (enfoque de la identidad)<sup>15</sup>, y desde los que se limita su actuar jurídico. Así, por ejemplo, el declarado “incapaz”, en el ámbito jurídico, lo es por los rasgos que la identifican y no por hábitos, estructuras o situaciones sociales<sup>16</sup>.

Como consecuencia de ello, y en total sintonía con el *modelo de atribución directa de incapacidad* el artículo 456 del CC chileno dispone que “el adulto que se encuentra en un estado habitual de demencia, deberá ser privado de la administración de sus bienes, aunque tenga intervalos lúcidos. (...)”. Para llegar a ello, el artículo 460 establece que “el juez se informará de la vida anterior y conducta habitual del supuesto demente, y oirá el dictamen de facultativos de su confianza sobre la existencia y naturaleza de la demencia”. Como se puede apreciar, el derecho civil chileno ni siquiera exige formalmente que la demencia genere en la persona una imposibilidad de administrar sus bienes o de cuidar de su persona. Está claro que aquí el *demente* es legalmente incapaz y un sujeto respecto del cual es preciso tomar medidas de protección social<sup>17</sup>.

Otras muestras de incompatibilidad las encontramos en legislaciones especiales, como la Ley N° 18.600 que establece nuevas normas sobre los discapacitados mentales, modificada por la Ley

<sup>14</sup> RUZ, Gonzalo. La capacidad. En: Explicaciones del derecho civil. Tomo I. Santiago, Abeledo Perrot – Legal Publishing, 2011, p. 378.

<sup>15</sup> “El argumento (enfoque o perspectiva) de la situación, parte de la afirmación del valor de las personas (normalmente apelando a la dignidad humana), y presta atención a las circunstancias en las que se encuentran. Estas circunstancias pueden ser descritas en términos de discriminación dependiendo de la relevancia o no de la diferencia. Así, en el ámbito de los derechos, se produce discriminación cuando esas circunstancias conllevan la insatisfacción de los derechos”. DE ASÍS, Rafael y CUENCA, Patricia. Igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad. En: PÉREZ BUENO, Luis (Dir.) y ÁLVAREZ RAMÍREZ, Gloria (Coord.). 2003-2012: 10 años de legislación sobre no discriminación de las personas con discapacidad en España. Estudios en homenaje a Miguel Ángel Cabra de Luna. Madrid, Ediciones Cinca, 2012, pp. 66 y 67.

<sup>16</sup> VERDUGO, Miguel Ángel. Análisis de la definición de discapacidad intelectual de la asociación americana sobre retraso mental de 2002. Revista Siglo Cero. 34 (1), 2003, p. 5-20.

<sup>17</sup> BARIFFI, Francisco. Capacidad jurídica y discapacidad: una visión en el derecho comparado. op. cit.

Nº 19.735, que tuvo como objetivo la prevención, rehabilitación y equiparación de oportunidades de las personas con desafíos mentales/cognitivos. Sin embargo, “la modificación de las normas del ramo no alcanzó al procedimiento judicial establecido, hasta ese entonces, para decretar la interdicción de una persona en situación de discapacidad mental, ni tampoco a la designación de curador del interdicto, por cuanto las interdicciones se siguieron tramitando como juicio ordinario de lato conocimiento. Producto de lo anterior surgió la necesidad de legislar en la materia, dando lugar a la Ley Nº 19.954 que modificó la Ley Nº 18.600, en lo relativo al procedimiento de interdicción de las personas en situación de discapacidad mental”<sup>18</sup>.

La Ley Nº 19.954 comprende un artículo único, que reza como sigue: “Agréguese el siguiente inciso segundo, nuevo, al artículo 4º de la ley Nº 18.600, sobre “deficientes mentales”. Cuando la discapacidad mental de una persona se haya inscrito en el Registro Nacional de la Discapacidad, su padre o madre podrá solicitar al juez que, con el mérito de la certificación vigente de la discapacidad, otorgada de conformidad al Título II de la Ley Nº 19.284, y previa audiencia de la persona con discapacidad, decrete la interdicción definitiva por demencia y nombre curador definitivo al padre o madre que la tuviera bajo su cuidado permanente. Si el cuidado permanente lo ejercen los padres de consuno, podrá deferir la curaduría a ambos. El juez procederá con conocimiento, y previa citación personal y audiencia del discapacitado. En caso de ausencia o impedimento de los padres, los parientes más cercanos podrán proceder de igual forma, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 18 bis. Se aplicará a la persona discapacitada interdicta lo que prevén los artículos 440 y 453 del CC para la guarda del menor adulto y del disipador respectivamente. La suma de dinero que se asigne al discapacitado para sus gastos personales podrá ser fijada prudencialmente por el mismo curador, de acuerdo con su grado de discapacidad. La persona interdicta podrá celebrar contratos de trabajo con la autorización del curador”<sup>19</sup>.

Esta ley modifica radicalmente el procedimiento vigente (de carácter contencioso) para la obtención de la declaración de interdicción de una persona en situación de discapacidad mental y la designación de su curador de bienes. Se desprende de esta modificación de la Ley Nº 18.600, que se le *otorgan* al interdicto ciertas facultades, que permiten su desarrollo y tienden a una posible recuperación e inserción dentro del contexto social. Con esto, aparentemente se exime a estas personas y su grupo familiar, de ser parte de largos y engorrosos procedimientos que no guardan relación con la realidad, pasando a un procedimiento de carácter voluntario.

A nuestro entender esta modificación, aparentemente beneficiosa para las personas en situación de discapacidad mental, no resulta suficiente, porque el modelo de sustitución sigue primando. Se presenta una incompatibilidad con lo que señala el artículo 12 de la CDPD, ya que no se observa la presencia del modelo de apoyo como proceso en la toma de decisiones. Por tanto a pesar de estas “innovaciones” se sigue manteniendo una discriminación por motivos de discapacidad, que limitan la participación de aquellas por sus rasgos individuales<sup>20</sup>.

<sup>18</sup> CORPORACIÓN DE ASISTENCIA JUDICIAL (CAJ). Una mirada desde la práctica a la declaración de interdicción. Boletín Nº 7 del Departamento de Estudios, Corporación de Asistencia Judicial, Región Metropolitana, 2012, p. 2.

<sup>19</sup> BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL (BCN). Historia de la Ley Nº 19.954. Modifica la Ley Nº 18.600, en lo relativo al procedimiento de interdicción de los discapacitados mentales. Santiago, BCN, 2004.

<sup>20</sup> Sin mencionar la utilización de conceptos que se corresponden al antiguo modelo de discapacidad, por ejemplo hablar de “discapacitados” y no de “personas en situación de discapacidad”, entre otros.

## 2. Algunas reflexiones

A continuación, se exponen los motivos por los cuales se cuestionan estas “innovaciones” del nuevo procedimiento voluntario, que suponen un mayor reconocimiento de derechos de las personas en situación de discapacidad.

### 2.1 Declaración en sede administrativa

La declaración del estado de *discapacidad mental* se traslada de sede judicial hacia la sede administrativa. Entendiendo que la calificación de *discapacidad mental* debe haber sido certificada por una de las Comisiones de Medicina Preventiva e Invalidez (COMPIN), por lo que, previo a iniciar las acciones judiciales pertinentes, los familiares de la persona en situación de discapacidad mental deberán haber realizado todas las gestiones tendientes a obtener tal certificación, pudiendo acreditarse en juicio mediante la resolución, de carácter administrativo, que emite cada Comisión. Esta visión refleja la presencia del modelo médico rehabilitador de discapacidad desde una interpretación restringida de la autonomía, que es incompatible con el modelo social de discapacidad, que subyace a lo largo de toda la Convención. Sabemos que las familias comienzan estos procedimientos de interdicción, la mayoría de las veces, por cuestiones económicas, ya que esta certificación les permitirá recibir una pensión de invalidez que irá en su beneficio. Así también lo ha hecho saber el profesor Hernán Corral Talciani<sup>21</sup>, quien en su informe presentado ante la Comisión de Constitución en el punto número cuatro, sobre la modificación de la Ley N° 18.600, en lo relativo al procedimiento de interdicción manifestó que: “La certificación de discapacidad mental es meramente administrativa y no debiera comportar restricciones de derechos para las personas, sino más bien beneficios legales y apoyo social. Privar a una persona de la autonomía para realizar actos con efectos jurídicos y administrar su patrimonio es una consecuencia demasiado grave como para que proceda sin más que un acto administrativo, como la certificación del COMPIN”<sup>22</sup>. La Convención, al reconocer el ejercicio de la capacidad jurídica, entiende que por medio de los mecanismos de apoyo, todos y todas serán capaces de adoptar sus propias decisiones. Así, todas las disposiciones de las legislaciones nacionales que automáticamente consideran “incapaces” a las personas que tienen determinados desafíos, deben ser entendidas como un supuesto de discriminación directa. Y aquellas disposiciones que incluyen otros elementos adicionales (como por ejemplo, la capacidad de autogobierno), pero que tienen el efecto de perturbar exclusiva o desproporcionadamente a dichas personas, deben ser cuidadosamente examinadas para determinar si se trata de supuestos de discriminación indirecta.

### 2.2 Procedimiento voluntario: una modificación simbólica

La reforma reemplaza el procedimiento contencioso por uno voluntario, con la finalidad de “evitar las dilaciones innecesarias, respondiendo la norma a una necesidad social, que transparenta el procedimiento judicial y además permite el ahorro de recursos estatales y particulares, dado que la declaración de interdicción debe ser solicitada por los padres de la persona con discapacidad mental al juez, en caso de ausencia de estos, por los parientes más cercanos”<sup>23</sup>. El argumento de que el procedimiento voluntario será más “beneficioso” para la propia persona en situación de

<sup>21</sup> Abogado (1984), Doctor en Derecho por la Universidad de Navarra (1989), Licenciado en Derecho por la Pontificia Universidad Católica de Chile (1984); Director del Departamento de Derecho Civil y Romano de la Universidad de los Andes, Santiago-Chile, y autor de reconocidas obras en el ámbito del derecho civil.

<sup>22</sup> BCN. Historia de la Ley N° 19.954. op. cit.

<sup>23</sup> CAJ. Una mirada desde la práctica a la declaración de interdicción. op. cit., p. 4.

discapacidad es contradictorio, porque precisamente la persona a quien se pretende *incapacitar* no tiene ninguna participación en el mismo como sujeto procesal. Además, no podemos decir que agilizar el proceso es más conveniente para la persona que está siendo incapacitada, cuando precisamente los tiempos de aquella seguramente sean diferentes y deban respetarse, ya que las consecuencias de dicha resolución judicial son *absolutas*, o sea, la anulación de la voluntad de la persona que restringe su participación en todos los ámbitos de la vida. Debemos entender que si bien la persona tiene mayores desafíos para poder expresar sus decisiones, mediante los apoyos adecuados podrá seguramente comunicar su voluntad. El nuevo modelo de apoyo genera esta posibilidad desde una mirada más integral, considerando todas las dimensiones y potencialidades de la persona, para conocer su voluntad. Es por ello que habrá que comenzar a derribar los obstáculos que impiden esta participación en igualdad de oportunidades, y uno de ellos es precisamente el modelo de sustitución en el ámbito del derecho privado.

### 2.3 Continuidad de la primacía del modelo médico-rehabilitador

El procedimiento, ahora voluntario, se limita a motivar el pronunciamiento del juez en cuanto a la interdicción de una persona que ya se encuentra declarada como persona con “discapacidad mental” por el organismo competente. Por tanto, el juez tendrá que constatar la inscripción y certificación de la discapacidad, entrevistándose con la persona involucrada, y con el solo mérito de la audiencia emitirá su pronunciamiento. Nuevamente estamos en presencia del modelo médico-rehabilitador. Se supone que ya han existido una serie de evaluaciones médicas previas de carácter administrativo, y solamente le queda al juez corroborar dicha valoración, por tanto la carga de probar su capacidad estará en la persona con “discapacidad mental”, contradiciendo el principio del artículo 1446 del CC, sobre la presunción de capacidad como regla general. En efecto, en estos casos a *contrario sensu* se presume la incapacidad reconocida anteriormente por una comisión médica. Este modelo es contrario al modelo social que subyace a lo largo de toda la CDPD, entendiendo que es la sociedad la que *discapacita*, por tanto el origen de la misma no está en el individuo, sino en los obstáculos que presenta nuestro entorno. Los Estados deben adoptar estas medidas para derribar los obstáculos que impiden precisamente el ejercicio pleno de sus derechos. Esto significa una transformación profunda de la sociedad, para adecuar el entorno a las necesidades especiales de las personas en situación de discapacidad.

### 2.4 Facultades de administración de los bienes

Otra de las aparentes innovaciones de mayor provecho, es la que permite aplicar a la persona con “discapacidad mental interdicta” los beneficios contemplados en los artículos 440 y 453 CC. Estos “dicen tener relación con la posibilidad de que el curador confíe al interdicto la administración de alguna parte de sus bienes, conservando además la posibilidad de disponer de una suma de dinero para solventar sus gastos personales, disponiendo libremente de ellos y conjuntamente se establece la facultad para la persona interdicta de celebrar contratos de trabajo”<sup>24</sup>. Esta *posibilidad* de administrar los bienes está reconocida como un derecho en artículo 12.5 CDPD, que no se fundamenta en una cuestión de *confianza*. Este reconocimiento indica que las personas en situación de discapacidad pueden celebrar todo tipo de acto o contrato, para poder participar plenamente en el mundo jurídico, sin ningún tipo de restricciones, además de la administración de sus bienes, sin ninguna intervención de terceros. Se entiende que este numeral no es una cláusula

<sup>24</sup> *Ibidem*.



cerrada respecto de las actuaciones que podrán desarrollar, sino más bien, estas son citadas a modo de ejemplo. Así, en la CDPD se reconoce la administración como un derecho, no como una posibilidad o condicionante del ejercicio del mismo.

Como podemos observar, el panorama en Chile no es muy alentador para el pleno establecimiento del nuevo paradigma de la capacidad jurídica, como tampoco lo son otras legislaciones iberoamericanas que también se enmarcan dentro del modelo de atribución directa de incapacidad. Por cuestiones de espacio no es posible hacer referencia expresa a las mismas; no obstante, se considera que es posible encontrar los contornos de este modelo en Uruguay<sup>25</sup>; Perú<sup>26</sup>; Paraguay<sup>27</sup>; Ecuador<sup>28</sup>, entre otros. Debemos decir que este modelo de atribución directa de incapacidad fundamentado por el modelo de sustitución en la toma de decisiones es incompatible con los principios que establece el artículo 12 de la CDPD.

### 3. Justificaciones del ordenamiento jurídico chileno en la limitación de la capacidad: cuestionamientos

Esta mirada parcial, concentrada en la búsqueda del “déficit”, es consecuencia de una interpretación restringida de la autonomía. Desde los presupuestos del modelo médico<sup>29</sup> se considera que las dificultades que algunas personas en situación de discapacidad pueden encontrar que “la toma de sus decisiones están ocasionadas exclusivamente por sus ‘déficits’ cognitivos o comunicacionales, que les impiden adoptar sus elecciones de una forma ‘normal’, esto es, de manera racional, autónoma, responsable e independiente”<sup>30</sup>. Asumiendo esta visión, la regulación del sistema de interdicción en la legislación chilena se orienta a detectar los “déficits” individuales que permiten limitar la capacidad jurídica –de ejercicio, según la terminología empleada por nuestro legislador– y la consecuente sustitución de las personas con discapacidad en sus elecciones y en el ejercicio de sus derechos<sup>31</sup>.

Uno de los argumentos más contundentes en favor del modelo de sustitución en la toma de decisiones se basa en que no todas las personas tienen la sabiduría o el conocimiento para ejercitar la capacidad jurídica. Sin embargo, la capacidad jurídica se debería relacionar con la *libertad* para tomar las decisiones y no con la *sabiduría o prudencia* de dichas decisiones. Existe una libertad que es inherente a todas las personas para incurrir en los mismos o nuevos errores, y aprender o no aprender de ellos<sup>32</sup>. La humanidad ha progresado permitiendo a las personas la libertad

<sup>25</sup> Ver: artículos 432 y 435 del Código Civil uruguayo y los artículos 439 a 449 del Código General del Proceso de Uruguay (Ley N° 15.982).

<sup>26</sup> Ver: artículos 42 a 45 del Código Civil peruano, y los artículos 581 a 584 del Código Procesal Civil del Perú.

<sup>27</sup> Ver: artículos 36-37 y 40-41 del Código Civil paraguayo.

<sup>28</sup> Ver: artículos 1462 y 1463 del Código Civil ecuatoriano y el artículo 752 del Código de Procedimiento Civil de Ecuador.

<sup>29</sup> Sobre este modelo: PALACIOS, Agustina. El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad. Madrid, Cermei, 2008, p. 66 y ss. Una crítica contundente a este modelo puede verse en los trabajos contenidos en BARTON, Len (Comp.). Discapacidad y sociedad. Madrid, Morata, 1998.

<sup>30</sup> CUENCA, Patricia. El sistema de apoyo en la toma de decisiones desde la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad: principios generales, aspectos centrales e implementación en la legislación española, REDUR. (10):61-94, 2012.

<sup>31</sup> QUINN, Gerard. Las personas con discapacidad, personalidad y la capacidad jurídica. Perspectiva sobre el cambio de paradigma del Art. 12 de la convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad. Conferencia HPOD, Escuela de Derecho de Harvard, 2010, p. 10.

<sup>32</sup> *Ibidem*.

de cometer errores. Cuando a una persona no se le permite ejercer su libertad para cometer sus propios errores, no se le está permitiendo desarrollarse de conformidad con sus propios atributos, y es esta discriminación y privación de las necesidades la que debe ser abordada aquí. La dignidad del riesgo y el derecho a no ser protegido son derechos inherentes de todas las personas adultas. Una Convención que fue elaborada para devolver la personalidad plena a las personas en situación de discapacidad debe necesariamente cuestionar los estereotipos porque si cae en esta no solo reforzaría lo erróneo, sino que lo legitimaría<sup>33</sup>.

En este punto resulta esencial tener en cuenta que en muchas legislaciones nacionales, y también en la legislación chilena, la capacidad jurídica es regulada de acuerdo con los principios y necesidades propias del derecho privado<sup>34</sup>. Desde este enfoque, la capacidad jurídica es abordada básicamente como una cuestión técnica<sup>35</sup> relacionada con la intervención en el tráfico jurídico, y conforme con el fin básico de proteger la seguridad del mismo.

Del mismo modo, otro argumento que sirve de justificación para limitar la capacidad jurídica está vinculado con la forma de manifestar nuestra voluntad, que hasta ahora se exigía que fuera expresada a través de medios de comunicación convencionales (oral y escrito). Entendiendo que existen distintas maneras de comunicarse (de expresar o comprender), o de facilitar la comunicación, como por ejemplo, la utilización de medios aumentativos y alternativos de comunicación, que han incorporado al mundo del lenguaje a muchísimas personas con desafíos en la comunicación, y mucho más aún con la incorporación de las nuevas tecnologías de la información y comunicación; estas formas de comunicación no pueden ser excluidas al momento de manifestar la voluntad.

Por tanto, la justificación de las causas de limitación a la capacidad jurídica plantean problemas. Según los nuevos planteamientos, habría una sobreprotección injustificada que muchas veces termina siendo arbitraria. Con la plasmación del artículo 12 se persigue potenciar la autonomía, rescatarla por mínima que sea, prestando los apoyos adecuados para el logro de dicho objetivo. Por tanto, debemos decir entonces que cualquier medida relativa a la capacidad jurídica debe basarse en elementos inclusivos y neutrales en cuanto a las discapacidades, y no debe tener nunca ni la intención, ni el resultado de excluir a las personas en situación de discapacidad (lo que fluye de los artículos 2 y 5 de la CDPD).

En la noción de capacidad conocida hasta ahora, ocupa un lugar de primer orden la *racionalidad* –idealizada– como criterio de justificación determinante en la atribución de especial valor y consideración a los seres humanos. Precisamente esta sobrevaloración de la racionalidad es uno de los primeros cuestionamientos que se hacen desde la Convención. Esta jerarquización de la habilidad cognitiva, está siendo superada, por estudios de la psicología cognitiva y de la neurociencia<sup>36</sup>, que han demostrado que la toma de decisiones es un proceso en el que se mezclan diversos factores racionales e irracionales, naturales o individuales y sociales. La comprensión y evaluación de la información, el juicio y la revisión crítica de las opciones y de sus consecuencias son aspectos importantes en este proceso, pero también lo son las preferencias, las emociones, las intuiciones y las experiencias.

<sup>33</sup> Intervención del International Disability Caucus sobre, “Legal Capacity not to do with Wisdom of Choices”, citado por: PALACIOS, Agustina. El modelo social de discapacidad. op. cit., p. 433.

<sup>34</sup> BARRIFFI, Francisco. Capacidad jurídica y capacidad. op. cit., pp. 353-390.

<sup>35</sup> QUINN, Gerard. An ideas paper on Legal Capacity Disability. Bruselas, European Foundation Centre, 2009, [en línea] <<http://www.inclusionireland.ie/sites/default/files/attach/basic-page/846/anideaspaperbygerardquinnjune2009.pdf> > [consulta: 29 de marzo de 2015].

<sup>36</sup> DAMASIO, Antonio. Self Comes to Mind. Constructing the Conscious Brain. New York, Pantheon Books, 2010.

En relación con lo anterior, importa asimismo señalar que el umbral de racionalidad o de *competencia mental* para considerar a una persona capaz de tomar sus propias decisiones, es una construcción social diseñada para resultar útil a la mayoría de los ciudadanos normales al permitir el óptimo funcionamiento de prácticas consideradas socialmente relevantes, eso sí, al precio de excluir del acceso a las mismas a las personas con discapacidades intelectuales<sup>37</sup>. El establecimiento de este umbral responde a una ponderación entre el bienestar social general y la libertad de todos los ciudadanos que se resuelve a favor del primero<sup>38</sup>.

Otro cuestionamiento está relacionado con la homogenización de las capacidades, no entendiéndolo el “reconocimiento de que los individuos pueden tener diferentes capacidades, unas más desarrolladas que otras, y pueden ejercerlas de modo y de maneras distintas, sin que se puedan justificar que unas capacidades valgan más que otras, en un contexto general o que haya formas correctas e incorrectas de desarrollarlas”<sup>39</sup>. La Convención cuestiona esta hegemonía de unas capacidades sobre otras, que han permitido la opresión sobre un colectivo que tiene distintas capacidades y formas de comunicarlas, minusvalorando sus proyectos vitales e impidiendo tener el control sobre sus propias vidas.

Por tanto, debemos de subrayar que la capacidad de elección es fundamental para el desarrollo de la autonomía, tal como lo afirma Sen, “la capacidad refleja la libertad de una persona para elegir entre vidas alternativas (combinaciones de realizaciones) y su valor no se tiene por qué derivar de una “doctrina global” particular que implique un modo determinado de vida”<sup>40</sup>. En este mismo sentido lo ha manifestado Nino: “La posibilidad de elegir exige el reconocimiento de la realidad de la persona y por tanto de la posibilidad de existencia, lo que implica la satisfacción real de ciertas necesidades básicas”<sup>41</sup>.

Otra de las controversias se relaciona con que “la diferencia en la calidad y ejercicio de las capacidades y los obstáculos que algunas personas puedan encontrar para su desarrollo, no siempre tiene sus orígenes en sus rasgos individuales, sino que en muchos casos están, ocasionados, y casi siempre que se ven agravados, por el diseño del entorno social”<sup>42</sup>, desde unos referentes que no tienen en cuenta la situación de estos sujetos, que cuando les toman en consideración lo hacen desde su contemplación como individuos que no son plenamente autónomos<sup>43</sup>, y que les impiden o dificultan el acceso a ciertos bienes y recursos a los que sí pueden acceder las demás

<sup>37</sup> WIKLER, Daniel. Cognitive Disability, Paternalism, and the Global Burden of Disease. En: KITTAY, Eva Feder y CARLSON, Licia (Eds.). *Cognitive Disability and its Challenge to Moral Philosophy*. Oxford, Wiley-Blackwell, 2010, pp. 195-196. Según este autor, cambiar la sociedad de modo que el “retardo mental” no sea un hándicap podría reducir el valor social y económico en esas prácticas relevantes. También podría elevarse el nivel de competencia mental, construyéndose una sociedad “para los dotados”.

<sup>38</sup> *Ibidem*.

<sup>39</sup> DE ASÍS, Rafael. Derechos humanos y discapacidad. Algunas reflexiones derivadas del análisis de la discapacidad desde la teoría de los derechos. En: CAMPOY, Ignacio. y PALACIOS, Agustina (Coords.). *Igualdad y no discriminación y discapacidad. Una visión integradora de las realidades españolas y argentina*. Madrid, Dykinson, 2007, p. 43 y 44.

<sup>40</sup> SEN, Amartya. *Bienestar, justicia y mercado*. Barcelona, Paidós, 1997, p. 115.

<sup>41</sup> NINO, Carlos. *Autonomía y necesidades básicas*. Doxa. (7)23, 1990.

<sup>42</sup> CUENCA, Patricia. Este trabajo se ha desarrollado en el marco de los proyectos de investigación “El tiempo de los derechos”, (HURI-AGE) Consolider-Ingenio 2010 (CDS 2008-00007) y “Dis-capacidad, In-dependencia y Derechos Humanos” (DER 2011-22729).

<sup>43</sup> Algunos autores advierten que las personas no solo difieren en sus concepciones del bien, sino que difieren en los procesos cognitivos que les llevan a la formación de esas concepciones, a su aplicación y a su mantenimiento. Así: SILVERS, Anita y FRANCIS, Leslie. *Thinking about the good: reconfiguring liberal metaphysics (or not) for people with cognitive disabilities*. En: KITTAY, Eva Feder y CARLSON, Licia (Eds.). *Cognitive Disability... op. cit.*

personas<sup>44</sup>. En la práctica para optar a la realización de un proyecto de vida, necesitamos estar en igualdad de condiciones, permitiendo así, la concreción de dicho proyecto. Para que se cumpla aquello, “una política destinada a la inclusión de las personas en situación de discapacidad en todas las esferas de la vida social debe poner énfasis en la eliminación de prohibiciones legales, estereotipos sociales y barreras físicas y comunicacionales socialmente creadas, que impiden a la persona llevar adelante de la manera más plena su potencial y autonomía en todos esos ámbitos”<sup>45</sup>. El desarrollo de estas políticas también podrá tener una repercusión muy positiva en la situación del resto de los grupos afectados por el fenómeno de la discriminación y, en definitiva, en el conjunto de la sociedad.

#### 4. Hacia dónde vamos

Está claro que “el camino hacia la perspectiva basada en los derechos humanos se pone de manifiesto también en el hecho de que las instituciones nacionales encargadas de la promoción y protección de los derechos humanos han comenzado a interesarse por las cuestiones relativas a la discapacidad”<sup>46</sup>. La importancia de esto radica en que estas instituciones ayudan a tender un puente entre el derecho internacional relativo a los derechos humanos y los debates internos sobre la legislación a favor de las personas con discapacidad y la reforma de la política<sup>47</sup>.

En este punto, resulta significativo poder entender con claridad lo que implica este nuevo paradigma, provocando un cambio radical en el tratamiento de las personas en situación de discapacidad. Por un lado, el modelo social asume una mirada desde los derechos porque considera que las limitaciones que las personas en situación de discapacidad padecen para participar plenamente en la vida social no son ni naturales, ni inevitables, ni tolerables, sino el producto de una construcción social y de relaciones de poder que constituyen una violación de su dignidad intrínseca. Así, las respuestas sociales frente al fenómeno de la discapacidad consisten, precisamente, en políticas de derechos humanos. El modelo social se caracteriza por trasladar el centro del *problema* de la discapacidad desde el individuo a la sociedad. El modelo social rechaza la ideología de la normalización, debido a que considera que la idea de *normalidad* no es neutra, sino que es algo impuesto por quienes responden a los parámetros físicos y psíquicos del estereotipo culturalmente dominante generando barreras y limitaciones a la participación de aquellos que no encajan en el modelo estándar<sup>48</sup>.

Pues bien, este discurso es perfectamente aplicable al ámbito de la capacidad jurídica e inspira el artículo 12 de la CDPD, que en su inciso segundo reconoce que las personas en situación de discapacidad *tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida*. Se trata, probablemente, de una de las disposiciones más relevantes de la Convención que obligará a introducir importantes modificaciones en los ordenamientos jurídicos

<sup>44</sup> DE ASÍS, Rafael. La incursión de la discapacidad en el discurso de los derechos; posibilidad, educación, derecho y poder. En: Campoy, Ignacio (Ed.). Los derechos de las personas con discapacidad. Madrid, Dykinson, 2004, p. 67.

<sup>45</sup> COURTIS, Christian. Discapacidad e inclusión social: retos teóricos y desafíos prácticos. Algunos comentarios a partir de la Ley 51/2003. Revista de jueces por la democracia. (5): 7-14, 2004, p. 9.

<sup>46</sup> PALACIOS, Agustina. El modelo social de discapacidad. op. cit. p. 207.

<sup>47</sup> QUINN, Gerard y DEGENER, Theresia. Derechos Humanos y Discapacidad. Uso actual y posibilidades futuras de los instrumentos de derechos humanos de las Naciones Unidas en el contexto de la discapacidad, Documento Naciones Unidas HR/PUB/02/1. Nueva York y Ginebra, 2002, p. 12. Como puede verse, el proceso de reforma en la legislación sobre discapacidad ha viajado por todo el mundo.

<sup>48</sup> COURTIS, Christian. Discapacidad e inclusión social. op. cit., p. 10.

internos. El concepto de capacidad jurídica es un concepto más amplio que lógicamente presupone la capacidad de ser sujeto de derechos y obligaciones (elemento estático), pero también presupone la capacidad de ejercer dichos derechos, o asumir obligaciones mediante sus propias decisiones (elemento dinámico), entendiéndose con ello, que todas las personas en situación de discapacidad (físicas, mentales y sensoriales) tienen capacidad para ejercer los derechos por sí mismas. En este sentido, la igualdad en la capacidad jurídica tiene un valor instrumental en relación con los demás derechos.

Junto a este reconocimiento subyace también en el artículo 12.3 un nuevo modelo de apoyo en la toma de decisiones, que reemplaza al modelo de sustitución presente en casi la mayoría de los ordenamientos internos, siendo más acorde con la perspectiva de los derechos humanos. Con esta nueva propuesta ya no se busca la *incompetencia* de la persona, sino potenciar su autonomía por medio de los apoyos. Se propone un rebalanceo de principios, en este nuevo paradigma de capacidad prima el principio de *libertad* en la toma de decisiones sobre el resultado (juiciosa o sabia) de la misma. Entendiéndose con ello, que no podemos exigir máximos de racionalidad precisamente a aquellas personas que tienen mayor dificultad en la dimensión cognitiva. Lo mismo sucederá con las exigencias en la comunicación de la voluntad. Este reconocimiento a la diversidad nos permitirá reaccionar desde lo jurídico, ético y social, de manera menos discriminatoria, menos intolerante, más igualitaria, y mucho más inclusiva. Precisamente el nuevo modelo de apoyo se identifica con estos principios y los desarrolla en la práctica, siendo un mecanismo más idóneo y más respetuoso con la autonomía de la persona en situación de discapacidad. Si bien en este mecanismo interviene un tercero (apoyo o asistente) en la toma de decisiones, su rol será el de “acompañar” a la persona en el proceso de toma de decisión, o sea decidirá *con* ella y no *por* ella.

El poder plasmar este nuevo paradigma de la manera más efectiva posible, constituye así el gran desafío que hoy se presenta al Estado de Chile.

Al ratificar la Convención en el 2008, se comprometió a adecuar la normativa interna, para estar en consonancia con el instrumento internacional. Es por ello, que a través de la Ley N° 20.422 de 2010, que establece normas sobre igualdad de oportunidades e inclusión social de personas con discapacidad, se comenzó a dar cumplimiento a las obligaciones que contrajo al ratificar la CDPD. El solo título de esta ley manifiesta un enfoque diferente. Utiliza el concepto de inclusión, acentuando el respeto a la dignidad y reconociendo cada uno de los derechos que les corresponden a las personas en situación de discapacidad. Sin embargo, la misma pareciera no haber respondido cabalmente a las expectativas que se propusieron cuando se aprobó esta ley<sup>49</sup>.

Habiendo transcurrido ya siete años desde dicha ratificación, una revisión de la normativa interna nos permitirá conocer si efectivamente se han logrado avances en relación con la adaptación del artículo 12 en el ordenamiento interno.

Así, una de las modificaciones que podemos mencionar es la del *procedimiento de interdicción de las personas con discapacidad mental* (2004), sin embargo, esta no ha modificado la filosofía del modelo médico-rehabilitador (contraria al modelo social que subyace en la Convención), siguiendo presente el modelo de sustitución en el ordenamiento interno. Luego de la valoración de la Ley N° 18.600, por parte del departamento de evaluación de la cámara de diputados de Chile en 2013, se señaló lo siguiente: “Como Estado parte de la Convención, en cumplimiento de los compromisos adquiridos y, en particular en aplicación de sus artículos 4 y 12, Chile debería

<sup>49</sup> DEPARTAMENTO DE EVALUACIÓN DE LA LEY. Evaluación de la Ley N° 20.422. Cámara de Diputados de Chile, noviembre de 2012.

transitar desde el modelo de 'sustitución de la voluntad' al de 'apoyo a la toma de decisiones'<sup>50</sup>. Para lo anterior deberán eliminarse las normas de derecho interno que dispongan que la presencia de una discapacidad sea causa directa o indirecta de interdicción, y adoptarse medidas para la incorporación gradual de sistema de apoyo para asistir la toma de decisiones por parte de las personas que presenten alguna diversidad sensorial, psicosocial o intelectual<sup>51</sup>.

Debe tenerse presente que lo anterior no solo implica reformas legales, sino la "elaboración e implementación de políticas públicas que impliquen la asignación de recursos financieros suficientes y recursos humanos capacitados para llevar a cabo la puesta en marcha del sistema de apoyo o asistencia a la toma de decisiones. Esto debería incluir la elaboración y aplicación de programas y acciones de educación y de capacitación a los involucrados en la gestión del sistema, y de los organismos sectoriales que otorguen prestaciones o beneficios, así como la difusión e información hacia la sociedad en general, con la participación de las personas con discapacidad"<sup>52</sup>.

Otra modificación que podemos mencionar en relación con la capacidad jurídica, es la Ley 19.904, de octubre de 2003, que modifica los artículos 1447 del Código Civil y 4° de la ley de Matrimonio Civil, respecto de las causales de incapacidad que afectan a los sordomudos que no pueden darse a entender por escrito y a aquellos que de palabra o por escrito no pudieren expresar su voluntad en forma clara. Antiguamente el CC consideraba incapaces absolutos a los "sordomudos" que no podían darse a entender por escrito. Hoy la causal "pareciera ser que se ha restringido, permitiendo a muchas personas que antes eran incapaces por no poder darse a entender por escrito, ser plenamente capaces del momento en que puedan darse a entender claramente. Sin embargo en realidad se ha ampliado considerablemente el número de personas que pueden caer bajo esta causal de incapacidad"<sup>53</sup>.

En efecto, antes eran incapaces absolutos solo los sordos que no podían darse a entender por escrito. Hoy lo son, no solo "sordos", sino los "sordomudos". Sin duda, "dejan de caer en incapacidad desde que pueden darse a entender claramente, a través de otra forma de comunicación, como, por ejemplo, la lengua de señas, eso sí, siempre que se exprese claramente mediante ella. En este caso la causa de incapacidad radica en que dichas personas carecen de un medio para expresar su voluntad con claridad"<sup>54</sup>. Sin embargo para estar en consonancia con el nuevo paradigma, más relevante que la persona sorda se exprese *claramente*, es que haya del otro lado un receptor que conozca la lengua de señas, que interprete de manera inequívoca la voluntad de la persona con discapacidad auditiva.

Así, respecto de la obligación contraída por el Estado, de informar exhaustivamente sobre las medidas adoptadas para cumplir las obligaciones de la Convención (en virtud de su artículo 35), podemos vislumbrar hacia donde pueden ir dirigidas las observaciones que realizará el Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad de la ONU. Contamos también con algunas experiencias de otros países. Por ejemplo, en cuanto a las observaciones del Comité al Estado argentino, en relación con la aplicación del artículo 12 en el ordenamiento interno, se señala que, "el Comité expresa su máxima preocupación por las inconsistencias observadas tanto en parte de la legislación vigente, como en los proyectos de ley en actual tramitación en el Estado Parte,

<sup>50</sup> DEDL. Evaluación de la Ley N° 18.600. Cámara de Diputados de Chile, marzo de 2013.

<sup>51</sup> *Ibidem*.

<sup>52</sup> *Ibidem*.

<sup>53</sup> RUZ, Gonzalo. La capacidad. *op. cit.*, p.385.

<sup>54</sup> *Ibidem*.

que se basa o continúa basándose en el modelo sustitutivo de la voluntad de la persona, en clara contradicción con el artículo 12 de la Convención. Le preocupa también la resistencia por parte de algunos operadores judiciales para poner en práctica la normativa que establece limitaciones a la discrecionalidad judicial para restringir la capacidad jurídica de las personas con discapacidad<sup>55</sup>. Continúa indicando “el Comité urge al Estado Parte a la inmediata revisión de toda la legislación vigente que, basada en la sustitución de la toma de decisiones, priva a la persona con discapacidad de su capacidad jurídica. Al mismo tiempo, lo insta a que tome medidas para adoptar leyes y políticas por las que se reemplace el régimen de sustitución en la adopción de decisiones por el apoyo en la toma de decisiones que respete la autonomía, la voluntad y las preferencias de la persona. El Comité le recomienda además la puesta en marcha de talleres de capacitación sobre el modelo de derechos humanos de la discapacidad dirigida a jueces con la finalidad de que estos adopten el sistema de apoyo en la toma de decisiones en lugar de la tutela y la curatela<sup>56</sup>”.

Se ha citado a modo ejemplar el caso de Argentina porque al igual que en Chile, rige el mismo sistema de atribución directa de incapacidad, sostenido por el modelo médico-rehabilitador de discapacidad y el modelo paternalista de capacidad<sup>57</sup>.

A esta altura, debe mencionarse que más allá de lo planteado en el ítem anterior, se están realizando esfuerzos que van orientados a la plasmación de estas nuevas propuestas. En este sentido, en noviembre de 2014 mediante Decreto Supremo de la Presidenta Michelle Bachelet, se constituyó la *Comisión Asesora Presidencial para el Estudio y Propuesta del Plan Nacional sobre Inclusión Social de Personas en Situación de Discapacidad* (Comisión Asesora), plan que tiene un carácter de urgente, con el objeto de incidir en la discusión y posterior ejecución presupuestaria del año 2016. Entre las tareas de la comisión se mencionan:

- i) Colaborar en la realización del Segundo Estudio Nacional de la Discapacidad.
- ii) Proponer un Plan Nacional sobre Inclusión Social de Personas en Situación de Discapacidad, Salud Mental y cuidado.
- iii) Considerar los posibles impactos que el plan y las medidas propuestas por la Comisión Asesora puedan generar en la inclusión social de personas en situación de discapacidad.
- iv) Proponer soluciones que permitan sustituir el actual modelo de sustitución de la voluntad, por uno fundado en el apoyo en la toma de decisiones que permita a las personas en situación de discapacidad ejercer plenamente su capacidad jurídica, de acuerdo con los estándares internacionales en materia de derechos humanos.

De este último punto puede deducirse que la *capacidad jurídica* y el *modelo de apoyo* es un tema presente en la agenda pública, considerado prioridad a nivel nacional por el Gobierno y el Servicio

<sup>55</sup> COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD. Octavo período de sesiones. Observaciones finales sobre el informe inicial de Argentina, aprobadas por el Comité en su octavo período de sesiones. Ginebra, 17 a 28 de septiembre de 2012.

<sup>56</sup> *Ibidem*.

<sup>57</sup> El modelo paternalista de capacidad es “herencia de la sociedad patriarcal romana que pervive hasta hoy en nuestro ordenamiento jurídico y que sirve de base para comprender el tratamiento desigual al que han sido sometidas las personas con discapacidad en el ámbito de la capacidad y como consecuencia de ello, la vulneración a sus derechos. En este modelo podríamos decir que se da la universalización de una categoría de ser humano que en la práctica dista mucho de experimentar una condición universal”. BENAVIDES, Álvaro. Modelos de capacidad jurídica; Una reflexión necesaria a la luz del art.12 de la Convención internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Tesis Doctoral. Universidad Carlos III de Madrid, enero de 2014, pp. 26,

Nacional de Discapacidad (SENADIS). Entendiendo que le corresponderá a la Comisión Asesora proponer un cambio del actual modelo de sustitución de la voluntad, por uno que garantice a las personas en situación de discapacidad el ejercicio pleno de sus derechos en consonancia con el artículo 12 de la CDPD.

Conociendo de cerca el trabajo que se viene realizando a propósito del tema de la capacidad jurídica y del modelo de apoyo, estas políticas de gobierno se presentan como alentadoras, por hacer visible el tema de la capacidad jurídica de las personas en situación de discapacidad a nivel nacional, y fijar metas para desarrollar planes nacionales con injerencias en los presupuestos nacionales.

En este mismo sentido podemos mencionar un acontecimiento jurisprudencial que puede marcar un punto de inflexión en el ámbito de la capacidad jurídica en Chile. En agosto de 2014 se presentó ante el tribunal constitucional una acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, por parte de la jueza(s) Pilar Maturana del Tercer Juzgado de Letras de Iquique de la causa rol V-185-2014, para que este se pronunciara sobre la inaplicabilidad del artículo 456 CC, y del artículo 4 de la Ley N° 18600 por ser contrarios a la Constitución. La respuesta del Tribunal Constitucional fue: "Declarado admisible el requerimiento,..."<sup>58</sup>. La última resolución conocida es de fecha 17 de marzo de 2015, en cuya vista de la causa los jueces tomaron un acuerdo (certificado de acuerdo) y se está preparando la redacción para el fallo.

Lo interesante a destacar de este requerimiento son los argumentos presentados por la jueza Pilar Maturana, ya que estos se fundamentan en los principios de igualdad y no discriminación que subyacen en la Convención y su artículo 12, haciendo entender que el procedimiento de interdicción y del modelo de sustitución (administración de los bienes por un tercero) son incompatibles con la perspectiva de derechos humanos que sustenta el instrumento internacional. Estos argumentos son tratados de manera específica en los vistos y considerando número sexto, séptimo, octavo y noveno de dicho requerimiento<sup>59</sup>.

Debemos decir que este requerimiento marca un punto de inflexión en cuanto a la discusión sobre la aplicación del procedimiento de interdicción y el modelo de sustitución que rige en Chile. Se trata de un precedente no menor, que debemos de considerar relevante, a pesar de no conocer todavía la "última palabra" del Tribunal Constitucional.

Si bien, estos son signos de avance en la inclusión de las personas en situación de discapacidad en todos los ámbitos de la vida, entendemos que la plasmación del artículo 12 y los principios que establece la Convención requieren de un trabajo más profundo de investigación, donde se estudie todo el ordenamiento jurídico interno, se ubique la normativa que es incompatible con el instrumento internacional, para poder realizar las propuestas de modificación adecuadas a los nuevos planteamientos, siendo transversal a todos los ámbitos del derecho interno.

Por este motivo, para seguir avanzando en la orientación correcta en el ámbito de la capacidad jurídica y modelo de apoyo, deberemos enriquecernos del aporte de otras experiencias, sobre todo de aquellas legislaciones que han dado un salto cualitativo en relación con estas propuestas. En este sentido, la legislación sueca cuenta probablemente con el marco normativo más paradigmático en materia de apoyos al ejercicio de la capacidad jurídica, al haber abolido todo

<sup>58</sup> Tribunal Constitucional de Chile. Resolución de inadmisibilidad de 8 de enero de 2015. Rol 2703-14-INA.

<sup>59</sup> Tercer Juzgado de Letras de Iquique. Caratulado "Azabache Barua, Nancy Violeta". Requerimiento de 19 de agosto del año 2014, Rol V-185-2014.



procedimiento de interdicción a personas en situación de discapacidad para reemplazarlo por un sistema de apoyos. Allí, el concepto de protección prima sobre la necesidad de una declaración de incapacitación. Si una persona solicita una subvención, un derecho, es el mismo funcionario el que aprecia si está en condiciones de obtenerlo, lo que implica que está ya apreciando su capacidad o discapacidad, sin perjuicio de que pueda ser posteriormente impugnado, por tanto estamos prescindiendo de todo lo que conlleva un procedimiento de incapacitación<sup>60</sup>. Esto quiere decir protección antes que seguridad jurídica<sup>61</sup>. En dicho país todas las personas físicas mayores de edad gozan de capacidad jurídica, lo que incluye la capacidad de obrar. De forma pionera se abolió el régimen general de tutela vigente en la mayoría de los países, para reemplazarlo por un régimen de consejeros legales o, en su defecto, por un régimen de guarda y administración, vislumbrándose lo que la Convención establece<sup>62</sup>.

Este sistema ha sido consolidado con el establecimiento de la Ley sobre Apoyos y Servicios para Personas con Ciertas deficiencias Funcionales (LSS, Lag om stöd och service till vissa funktionshindrade SFS 1993:387)<sup>63</sup>. Se trata de una ley de derechos humanos establecida con el objetivo de promover la igualdad y la plena participación en sociedad de aquellas personas definidas en el artículo 1<sup>64</sup>, para que les resulte posible vivir en igualdad de condiciones con los demás<sup>65</sup>.

Para alcanzar dichos fines, la ley prevé una serie de *medidas de apoyo* que deben: garantizar condiciones de vida idóneas para la persona; ser coordinadas y duraderas; ser adaptadas a las necesidades de la personas; ser diseñadas de un modo que sean fácilmente accesibles para quienes la necesitan; e incrementar las posibilidades de la persona de vivir una vida independiente (cfr. artículo 7).

Por todo lo expuesto, considerando el escenario actual (con sus avances y desafíos) se entiende que el nuevo procedimiento de apoyo en la toma de decisiones deberá seguir las siguientes directrices:

<sup>60</sup> SOTO RUIZ, José-Javier (Dir.), BARIFFI, Francisco, PALACIOS, Agustina (Recopilación y coord.). Capacidad Jurídica y Discapacidad: un estudio de Derecho Privado Comparado a la luz de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Cuaderno de trabajo N° 11 Suecia. Fundación Tutelar de Extremadura (FUTUEX), Fundación Aequitas y Fundación Academia Europea de Yuste, en el marco del Congreso Permanente sobre Discapacidad y Derechos Humanos, 2009.

<sup>61</sup> *Ibidem*.

<sup>62</sup> *Ibidem*.

<sup>63</sup> Lag om stöd och service till vissa funktionshindrade SFS 1993:387. El texto original puede consultarse en: [www.sweden.gov.se](http://www.sweden.gov.se). Para una recopilación específica en materia de capacidad jurídica, véase: SOTO RUIZ, José-Javier (Dir.), BARIFFI, Francisco, PALACIOS, Agustina (Recopilación y coord.). Capacidad Jurídica y Discapacidad, un Estudio de Derecho Privado Comparado... op. cit., p. 39.

<sup>64</sup> De conformidad con el artículo 1, las personas sujetas a los servicios de apoyo son: [...1) personas con retraso mental, autistas o con una condición similar al autismo; 2) personas que tengan una deficiencia funcional intelectual de carácter permanente como consecuencia de un daño cerebral ocasionado en la adultez y que la deficiencia sea causada a causa de un hecho externo o una enfermedad física, o 3) personas que tengan una deficiencia funcional física o mental de carácter permanente que no sean fruto del envejecimiento, si dichas deficiencias son de gran magnitud y generan dificultades considerables en la vida diaria, y como consecuencia de ello, una mayor necesidad de servicios y apoyos...]. Traducción no oficial del autor de la versión inglesa: "Section 1. This Act contains provisions relating to measures for special support and special service for those: 1) who are mentally retarded, are autistic or have a condition resembling autism, 2) who have a considerable and permanent, intellectual functional impairment after brain damage when an adult, the impairment being caused by external force or a physical illness, or; 3) who have some other lasting physical or mental functional impairments which are manifestly not due to normal aging, if these impairments are major ones and cause considerable difficulties in daily life and, consequently, an extensive need for support and service.

<sup>65</sup> BARIFFI, Francisco. Capacidad jurídica y discapacidad: una visión en el derecho comparado. op. cit. p. 40.

- i) Reemplazo del modelo de sustitución por el modelo de apoyo en la toma de decisiones. Los Estados deberán ser conscientes de que el cambio será gradual, y por tanto quizás en determinado tiempo puedan tener que coexistir ambos sistemas<sup>66</sup>. Es evidente que poner en marcha un sistema como este llevará tiempo. Si todas las medidas tradicionales del modelo de sustitución se suprimen de golpe el sistema se volverá inoperante.
- ii) Reconocimiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, para que estas puedan desarrollar de manera autónoma el ejercicio de sus derechos.
- iii) Capacitación de todos los operadores jurídicos sobre el nuevo procedimiento de toma de decisiones y del reconocimiento de la capacidad jurídica, que permitan el acceso a la justicia en igualdad de condiciones.
- iv) Desarrollo de políticas públicas destinadas a promover estas nuevas propuestas basadas en los derechos humanos que tendrán un carácter más inclusivo, más participativo y que respetan la dignidad de la persona. Así estaremos construyendo un país más democrático.
- v) Modificación del currículo en los establecimientos educacionales, incorporando la asignatura de derechos humanos (entre otros) en todos los niveles, para colaborar en la comprensión y aceptación empática de la diversidad del ser humano.

## Conclusiones

Queda claro que la intención de la CDPD es universalizar la capacidad jurídica y el modelo de apoyo. Esta parece una meta mucho más realizable en una sociedad en la que las personas en situación de discapacidad tienen derecho a una educación inclusiva, a la vida independiente y a ser incluidos plenamente en la comunidad, en la que se cumplen las exigencias de accesibilidad y ajustes razonables. Se trata, en todo caso, de una meta hacia la que debemos avanzar inequívocamente. Hay que pavimentar este camino para que el reconocimiento de la capacidad jurídica y el modelo de apoyo tengan un carácter universal, no pensando únicamente en la persona en situación de discapacidad, sino en todas aquellas que tengan un mayor desafío al momento de transmitir o adoptar una decisión.

Como se ha podido observar, en Chile todavía queda mucho camino por recorrer, ya que, precisamente, es en estos ámbitos en donde existe una tarea pendiente respecto de garantizar el ejercicio de los derechos de las personas en situación de discapacidad. Debemos cambiar nuestra visión y vincular la capacidad con los derechos humanos. Se trata de una tarea compleja, pero que debe comenzar a desarrollarse a la brevedad, desde la legislación, con las modificaciones necesarias para plasmar de manera efectiva el nuevo paradigma de capacidad, siendo el único verdaderamente compatible con los principios de igualdad y no discriminación, y el más coherente con el respeto a la dignidad de la persona.

---

<sup>66</sup> PALACIOS Agustina. Capacidad jurídica en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Ginebra, Palais des Nations, Room XXI, Octubre de 2008.