

***LA CAPACIDAD JURÍDICA DE LAS PERSONAS CON  
DISCAPACIDAD EN LA CONVENCIÓN SOBRE LOS  
DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD Y LOS  
PRINCIPALES DESAFÍOS PARA EL LEGISLADOR CHILENO***

*THE LEGAL CAPACITY OF PEOPLE WITH DISABILITIES IN  
THE CONVENTION ON THE RIGHTS OF PERSONS WITH  
DISABILITIES AND THE MAIN CHALLENGES FOR THE  
CHILEAN LEGISLATOR*

MARÍA ISABEL RODRÍGUEZ ALFARO\*

*RESUMEN*

El artículo 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDDP) introduce un cambio de paradigma al reconocer personalidad jurídica y capacidad jurídica de las personas con discapacidad. Establece un sistema de apoyo en la toma de decisiones y salvaguardias que garanticen el ejercicio de dicha capacidad. Estos tres ejes centrales y la eventual desaparición de la distinción entre capacidad de goce y de ejercicio, plantean importantes desafíos al legislador nacional en la adecuación normativa para adaptarse a la Convención, ratificada en 2008. Así, en los proyectos de ley para adaptar el Código Civil, debiera contenerse una definición de capacidad jurídica, establecer un sistema de apoyos basado en la voluntad y preferencias, contemplar medios de control periódicos y no descartar de plano la posibilidad de recurrir a la representación, en casos específicos.

\*Licenciada en Ciencias Jurídicas, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Chile. Magíster en Derecho, con mención en Derecho Civil, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Chile. Candidata a Doctora en Derecho, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Chile. Profesora de Derecho Civil, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Chile. Correo electrónico: maria.rodriguez@pucv.cl.

Artículo recibido el 30 de agosto de 2022 y aceptado para su publicación el 27 de diciembre de 2022.

*Palabras clave:* Discapacidad; capacidad jurídica; voluntad y preferencias; medidas de apoyo; salvaguardias.

### ABSTRACT

Article 12 of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities (CRPD) introduces a paradigm shift by recognizing the personality and legal capacity of people with disabilities. Establishes a support system for decision-making and safeguards that guarantee the exercise of the capacity. These three central axes, as well as the eventual disappearance of the distinction between the capacity to enjoy and to exercise, pose important challenges to the Chilean legislature in adapting regulations to adapt to the Convention, ratified in 2008. Thus, in bills to adapt the Code Civil, a definition of legal capacity should be contained, establish a support system based on the will and preferences, consider means of periodic control and not dismiss the chance to resort to representation, in specific situations.

*Keywords:* Disability; legal capacity; will and preferences; support measures; safeguards.

## I. INTRODUCCIÓN

La *Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad* (en adelante, CDPD) fue aprobada en Nueva York el 13 de diciembre de 2006 por la Asamblea General de las Naciones Unidas (ONU), entrando en vigor el 3 de mayo de 2008,<sup>1</sup> constituyéndose en el primer tratado específico para las personas con discapacidad.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> *Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad* (CDPD), artículo 45, 1: “La presente Convención entrará en vigor el trigésimo día a partir de la fecha en que haya sido depositado el vigésimo instrumento de ratificación y adhesión”. CDPD, Decreto N° 201 de 2008 (Chile), “Promulga la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad y su protocolo facultativo”, disponible en línea: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=278018> (consultada: 20 de marzo de 2022).

<sup>2</sup> ASTORGA, Luis, “Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad: esperanza e instrumento para construir un mundo más accesible e inclusivo”, *Revista CEJIL* 2008, III, N° 4, p. 131; PALACIOS, Agustina; BARIFFI, Francisco, *La discapacidad como una cuestión de derechos humanos. Una aproximación a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Ediciones Cinca, Madrid, 2007, pp. 28-29 y 51; GARCÍA PONS, Antonio, “El artículo 12 de la Convención de Nueva York de 2006 sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su impacto en el Derecho Civil de los Estados signatarios: el caso de España”, *Anuario de Derecho Civil*, 2013, N° 66-1, p. 61, entre otros, señalan: Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966); Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966); Convención contra la Tortura y

Aunque su origen se atribuye a la iniciativa de México, en el 2001,<sup>3</sup> la preocupación de la ONU se remonta a décadas anteriores, en que desarrollaron iniciativas e instrumentos de *soft law*<sup>4</sup> destinadas a ir creando conciencia sobre la postergación y discriminación sufrida por estas personas.<sup>5</sup> En la Convención, destaca el hecho de haberse abordado la temática de la discapacidad desde la perspectiva de los derechos humanos,<sup>6</sup> con un conjunto de disposiciones que recogen los derechos sustantivos

---

Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (1984); Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (1982); Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación racial (1963).

<sup>3</sup> TORRES, María, *La capacidad jurídica a la luz del artículo 12 de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2020, pp. 29 y 30; ROSALES, Pablo, “La nueva Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad”, Suplemento de *Jurisprudencia Argentina*, 2007, N° 4, en línea: <https://www.jussantiago.gov.ar/jusnueva/Normativa/discapacidad/doctrina/convenionddhh.pdf> (consultada: 30 de marzo de 2022); y LARA, Diana, *La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México D.F., 2012, p. 17, entre otros.

<sup>4</sup> CRISTANCHO, José, “Capacidad jurídica de las personas con discapacidad: ¿derecho fundamental absoluto?”, *Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política*, 2019, N° 10, p. 35. Iniciativas e instrumentos internacionales: Declaración de los Derechos del Retrasado Mental, Declaración de los Derechos de los Impedidos (1981), Año internacional de los impedidos, y Programa de Acción Mundial para los Impedidos (1982); Decenio Mundial de las Naciones Unidas para los Impedidos (1983 a 1992), Directrices de Tallin para el Desarrollo de los Recursos Humanos en la Esfera de los Impedidos, Principios para la protección de los enfermos mentales y el mejoramiento de la atención de la salud mental, Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad y Normas Uniformes sobre la Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad.

<sup>5</sup> DE SALAS, Sofía, “Hacia un estatuto de la persona con discapacidad: criterios de valoración”, *Anuario de Derecho Civil*, 2010, N° 32-2, p. 681, en línea: [https://www.boe.es/biblioteca\\_juridica/anuarios\\_derecho/abrir\\_pdf.php?id=ANU-C-2010-20067700717](https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-C-2010-20067700717) (Consultada: 30 de marzo de 2022).

<sup>6</sup> PALACIOS, Agustina, *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Grupo Editorial Cinca, Madrid, 2008, pp. 25 y 155; SILVA, Paula, *La capacidad jurídica de las personas con discapacidad intelectual. Régimen jurídico chileno y bases para su modificación*, Legal Publishing Chile, Santiago, 2017, p. 23; GARCÍA RUBIO, María Paz, “La responsabilidad civil de las personas con discapacidad y de quienes les prestan apoyo en el anteproyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo de las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica”, en ATAZ, Joaquín; COBACHO, José (Dir.), *Cuestiones clásicas y actuales del derecho de daños*, Thomson Reuters, Madrid, 2021, p. 970; CUENCA, Patricia, “Sobre la inclusión de la discapacidad en la teoría de los derechos humanos”, *Revista de Estudios Políticos (nueva época)*, 2012, N° 158, p. 104, entre otros. Véase también OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS (Eds.), “Normas uniformes sobre la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad”, 1993, disponible en línea: <https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/PersonsWithDisabilities.aspx> (Consultado: 22 de marzo de 2022), punto 13.

de las personas con discapacidad<sup>7</sup> y normas sobre igualdad y no discriminación por razones de discapacidad, como pilares fundamentales.<sup>8</sup> El tratado adopta una fórmula mixta, que protege contra la discriminación, pero entrega mecanismos para garantizar el ejercicio y goce de ciertos derechos, que deben ser abordados con este enfoque.<sup>9</sup> Tiene un Protocolo facultativo que constituye un mecanismo de control del cumplimiento por los Estados.<sup>10</sup>

El enfoque de la Convención se sostiene en el modelo social de la discapacidad como fundamento,<sup>11</sup> descartando los modelos de prescindencia<sup>12</sup> y rehabilitador,<sup>13</sup> que orientaron el tratamiento de la discapacidad a través de la historia. Según este

<sup>7</sup> PALACIOS, cit. (n. 6), p. 270.

<sup>8</sup> El artículo 3 de la CDPD, contiene los principios generales: a) Respeto de la dignidad inherente, autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, e independencia de las personas; b) No discriminación; c) Participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad; d) Respeto por la diferencia y la aceptación de las personas con discapacidad como parte de la diversidad y la condición humanas; e) Igualdad de oportunidades; f) Accesibilidad; g) Igualdad entre hombre y mujer y h) Respeto a la evolución de las facultades de niños y niñas con discapacidad y derecho a preservar su identidad.

<sup>9</sup> PALACIOS y BARIFFI, cit. (n. 2), p. 55.

<sup>10</sup> El artículo 1 del Protocolo facultativo, otorga competencia al Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad para recibir y considerar comunicaciones de personas o grupos de personas con discapacidad que aleguen ser víctimas de discriminación por parte de los Estados y el procedimiento para tramitarlas. SILVA, cit. (n. 6), p. 44.

<sup>11</sup> PALACIOS y BARIFFI, cit. (n. 2), pp. 11-12. Este enfoque es resultado de un proceso encabezado por las personas con discapacidad, que añoraban ser consideradas como sujetos de derecho y no objetos de políticas asistenciales, estatales y privadas. SILVA, cit. (n. 6), p. 38.

<sup>12</sup> AGUADO, Antonio, *Historia de las deficiencias*, Escuela Libre Editorial, Madrid, 1995, p. 45-65; OSORIO, Gina, “Capacidad jurídica de las personas con discapacidad: ¿Se ajusta el proceso de declaración de interdicción a la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad?”, en MORALES, María; MENDOZA, Pamela (Coords.), *Estudios de Derecho Privado. II Jornadas Nacionales de Profesoras de Derecho Privado*, Der Ediciones, Santiago, 2020, p. 181, entre otros, señalan que, según este modelo, la discapacidad era vista desde el punto de vista religioso como el resultado de un pecado cometido por los progenitores o considerando que la persona con discapacidad no tiene nada que aportar, lo que traducía en la aplicación de medidas como el infanticidio, en el submodelo eugenésico o la reclusión de por vida en asilos o conventos, según el submodelo de marginación.

<sup>13</sup> PALACIOS, cit. (n. 6), p. 25; MARSHALL, Pablo, “El ejercicio de los derechos fundamentales de las personas con discapacidad mental en Chile: derecho internacional, enfoques teóricos y casos de estudio”, *Revista de Derecho Universidad de Concepción*, 2020, N° 247, p. 54, disponible en línea: <https://www.scielo.cl/pdf/revderudec/v88n247/0718-591X-revderudec-88-247-45.pdf> (consultada: 30 de marzo de 2022), entre otros, se refieren al modelo, que se desarrolló en el siglo XIX, a partir de la Revolución Industrial y considera a la discapacidad como una enfermedad, entendiéndose que la única forma que estas personas pueden ser útiles para la sociedad es rehabilitándose. Esto llevó a implementar políticas asistenciales en seguridad social y, en el derecho civil, a establecer guardas e interdicción como medios de protección.

modelo,<sup>14</sup> la discapacidad se origina cuando la persona con deficiencias se enfrenta a las diferentes barreras impuestas por la sociedad, que impiden su participación e inclusión plena en igualdad de condiciones con las demás.<sup>15</sup>

Dentro de la normativa de la Convención, encontramos al artículo 12,<sup>16</sup> que se estructura sobre la base del reconocimiento a la personalidad jurídica de las personas con discapacidad y su capacidad jurídica, previendo la necesidad que estas personas puedan contar con apoyos para el ejercicio de la misma y estableciendo la existencia de salvaguardias como medios de control de funcionamiento de este sistema. Esta disposición constituye una norma esencial y estructurante, no solo por el reconocimiento como de sujetos de derecho, sino también por la obligación que impone a los Estados partes de reconocer la capacidad jurídica en igualdad de condiciones, de proporcionar apoyos para su ejercicio y salvaguardias para impedir abusos.<sup>17</sup>

Lo anterior, ha impulsado a diversos Estados a modificar su legislación para adecuarla a la CDPD, integrando a los ordenamientos todos los aspectos señalados, que permiten asegurar el pleno y libre ejercicio de su capacidad jurídica.<sup>18</sup>

<sup>14</sup> GARCÍA PONS, cit. (n. 2) p. 62.

<sup>15</sup> CDPD, letra e) del Preámbulo y artículo 1.2 que reconoce a la discapacidad como resultado de la interacción de la persona con deficiencias y las barreras impuestas por la sociedad. BENAVIDES, Álvaro, “Los derechos de las personas con discapacidad intelectual en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos”, en ESPEJO, Nicolás; LATHROP, Fabiola (Coords.), *Discapacidad Intelectual y Derecho*, Legal Publishing Chile, Santiago, 2019, p. 31; FERNÁNDEZ DE BUJÁN, Antonio, “Capacidad. Discapacidad. Incapacidad. Incapacitación”, *Revista de Derecho UNED*, 2011, N° 9, p. 90; VARSÍ, Enrique; TORRES, Marco, “El nuevo tratamiento del régimen de capacidad en el Código Civil Peruano”, *Acta Bioethica*, 2019, N° 25-2, pp. 199-213, disponible en línea: <https://www.scielo.cl/pdf/abioeth/v25n2/1726-569X-abioeth-25-2-00199.pdf> (Consultada: 27 de marzo de 2022); y SORGI, Marina, “Capacidad jurídica de las personas con discapacidad en el Código Civil y Comercial”, *Revista Derechos en Acción (UNLP)*, 2017, pp. 1-13, en línea: <https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/article/view/3918> (Consultada: 20 de marzo de 2022), entre otros. V. Corte Interamericana de Derechos Humanos, (CIDH), sentencia de 31 de agosto de 2012, caso *Furlan y Familiares vs. Argentina*, p. 46, párrafos 132-135, en línea: [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_246\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_246_esp.pdf) (consultada: 11 de julio de 2022).

<sup>16</sup> CDPD, Decreto N° 201 de 2008 (Chile), cit. (n. 1).

<sup>17</sup> ASAMBLEA GENERAL ONU; OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS (Eds.), “Estudio temático preparado por la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos para mejorar el conocimiento y la comprensión de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad”. 12° periodo de sesiones, Consejo de Derechos Humanos, Informe A/HRC/10/48, 26 de enero de 2009, disponible en línea: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G09/104/58/PDF/G0910458.pdf?OpenElement> (Consultado: 28 de marzo de 2022), p. 15.

<sup>18</sup> Uruguay (Ley N° 18.651/2010), Argentina (Código Civil y Comercial de la Nación de 2015), Costa Rica (Ley N° 9.379/2016); Perú (Decreto Legislativo N° 1384, de 2018, disponible en línea: <https://www.gob.pe/institucion/conadis/noticias/21984-publican-decreto-legislativo-1384-que-reconoce-plena-capacidad-juridica-en-las-personas-con-discapacidad-y-elimina-la-interdccion>, consultado: 5

En Chile, la Convención fue ratificada el 29 de julio de 2008.<sup>19</sup> Lo anterior, ha generado la dictación de varias leyes<sup>20</sup> que tienen por finalidad promover la no discriminación, integración e inclusión plena de las personas con discapacidad. Sin embargo, hay que considerar que el Código Civil (CC) no se ha adecuado a ella, manteniendo la clásica relación entre discapacidad e incapacidad, en particular respecto de las personas con discapacidad mental e intelectual. Ellas estarían comprendidas en la expresión demente, del artículo 1447, lo que determina su incapacitación, sometimiento a un régimen sustitutivo de la voluntad y el nombramiento de un representante legal.

Lo anterior, impone la necesidad de determinar, siguiendo al artículo 12, cuáles son los principales aspectos que una legislación debe abordar al reconocer la capacidad jurídica de las personas con discapacidad. Asimismo, las características esenciales que deberá contener un sistema de apoyo y las salvaguardias que garanticen la independencia, libertad e imparcialidad del proceso en que la persona manifieste su voluntad y preferencias. Luego de ello, se puede señalar cuál o cuáles serán los principales desafíos a enfrentar por el legislador nacional al reconocer la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, la construcción de un sistema de apoyo que sea equilibrado y cuente con las necesarias garantías de imparcialidad y corrección. Esto último, implica una modificación a las normas del CC relativas a los dementes y su capacidad, así como a la regulación de la interdicción y curatela.

Teniendo en cuenta los objetivos trazados, el presente trabajo se dividirá en dos partes, la primera de ellas, destinada a analizar y sistematizar el artículo 12 de la Convención y sus principales tópicos. La segunda parte, a partir del análisis y sistematización de dicha disposición, permitirá establecer cuáles son las consideraciones más importantes para el legislador nacional, teniendo presente la complejidad del asunto y la diversidad de instituciones que se verán afectadas por una modificación de esta envergadura.

---

de julio de 2022), Colombia (Ley N° 1996/2019) y España (Ley N° 8/2021), entre otros.

<sup>19</sup> CDPD, cit. (n. 1).

<sup>20</sup> Ley N° 20.146 de 2006 (Chile), “Establece reglas especiales para la apelación en causas relativas a la discapacidad”, en línea: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=257180> (Consultado: 26 de junio de 2022); Ley N° 21.015 de 2017 (Chile), “Incentiva la inclusión de personas con discapacidad en el mundo laboral”, disponible en línea: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1103997&idVersion=2018-04-01&idParte=9805658> (fecha de consulta: 10 de junio de 2022); Ley N° 21.331 de 2021 (Chile), “Reconocimiento y protección de los derechos de las personas en atención a su salud mental”, disponible en línea: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1159383&idParte=10225522> (Consultado: 10 de julio de 2022).

## II. LA CAPACIDAD JURÍDICA DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN EL ARTÍCULO 12 DE LA CDPD

### 2.1. El reconocimiento de la personalidad jurídica y la capacidad jurídica como consecuencia de la adopción del modelo social de discapacidad

El artículo 12 inicia con la reafirmación del derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica de las personas con discapacidad. El hecho que se reafirme<sup>21</sup> implica admitir que es un atributo inherente a las personas, constituyendo el sustento del reconocimiento de los demás derechos. Efectivamente, es tan gravitante la importancia de esta norma que, el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos la ha calificado como central en la estructura de la Convención, atribuyéndole un valor instrumental para el goce de los demás derechos que consagra.<sup>22</sup>

Este reconocimiento a la capacidad jurídica en igualdad de condiciones, en primer término, advierte sobre un cambio de paradigma,<sup>23</sup> constituye el supuesto básico de los demás derechos<sup>24</sup> y el punto de partida para su ejercicio.<sup>25</sup> Además, es una expresión del énfasis de la Convención en la autonomía, la libertad e independencia de las personas con discapacidad.<sup>26</sup> Sin embargo, también plantea una interrogante, respecto a la manera de ejercer la capacidad y si existe diferencia

<sup>21</sup> PALACIOS, cit. (n. 6), p. 463. Se entiende previamente reconocida en el artículo 16 del PIDCP. SILVA, cit. (n. 6), p. 189; GARCÍA PONS, cit. (n. 2), p. 66.

<sup>22</sup> ASAMBLEA GENERAL ONU; OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS (Eds.), “Estudio temático...”, cit. (n. 17), p. 15. También: BARRANCO, María; CUENCA, Patricia; RAMIRO, Miguel, “Capacidad Jurídica y discapacidad: el artículo 12 de la Convención de los Derechos de las personas con discapacidad”, *Anuario de la Facultad de Derecho (Universidad de Alcalá)*, 2012, N° 5, p. 69; y CUENCA, Patricia, “El sistema de apoyo en la toma de decisiones desde la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad”, *Revista electrónica de la Universidad de La Rioja*, 2012, N° 10, p. 73, en línea: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4104539> (consultada: 20 de abril de 2022).

<sup>23</sup> PALACIOS, cit. (n. 6), p. 477, sostiene la superación del modelo de sustitución, reemplazado por el de asistencia. COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD ONU (Eds.), “Informe del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad sobre su primer período de sesiones”, 1° período de sesiones, 8 de octubre de 2009, disponible en línea: [https://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRPD%2fC%2f1%2f2&Lang=es](https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRPD%2fC%2f1%2f2&Lang=es) (Consultado: 15 de abril de 2022).

<sup>24</sup> PALACIOS, cit. (n. 6), p. 419.

<sup>25</sup> BARRANCO, CUENCA y RAMIRO, cit. (n. 22), p. 57; COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD ONU (Eds.), “Observación general N° 1 (2014). Artículo 12”, 11° período de sesiones, 19 de mayo de 2014, p. 9, en línea: <http://www.convenciondiscapacidad.es/wp-content/uploads/2019/01/Observación-1-Art%C3%ADculo-12-Capacidad-jur%C3%ADdica.pdf> (consultado: 10 de junio de 2022).

<sup>26</sup> SILVA, cit. (n. 6), p. 186.



con las personas sin discapacidad, porque teniendo como regla general la capacidad, aún hay muchas legislaciones en que la discapacidad es un tipo de incapacidad de ejercicio. Por esto, se entiende que la atribución de incapacidad por discapacidad no es aceptada en la CDPD,<sup>27</sup> ya que para el ejercicio de la capacidad no es relevante si la persona tiene o no una discapacidad.

El análisis de la capacidad jurídica desde esta óptica, tiene una distinta mirada a la dada tradicionalmente por el derecho civil, el que teniendo en cuenta consideraciones técnicas sobre la forma de actuar de las personas en las relaciones jurídico-privadas, ha aplicado un principio básico que obliga a brindarles protección.<sup>28</sup> Pero la mirada protectora que el derecho civil le ha proporcionado ha sido influenciada por un aspecto técnico, que se relaciona con la eventual ausencia de voluntad, elemento esencial de todo acto jurídico.<sup>29</sup> En particular, con la aptitud para manifestarla de forma válida, sin sucumbir a la influencia o presión de otros.

Este nuevo modelo, denominado de la capacidad jurídica universal,<sup>30</sup> se fundamenta en el principio *pro homine* y cuestiona el modelo tradicional de sujeto de derecho, porque estima que se otorga un valor excesivo a la racionalidad de la persona en la toma de sus decisiones, planteándola como una construcción social desarrollada por ser útil para la mayoría, pero excluyente de las personas con discapacidad.<sup>31</sup>

El modelo, también cuestiona la preeminencia de algunas capacidades sobre otras, permitiendo la discriminación de las personas con discapacidad, porque la capacidad de elegir, entendida como libertad, es esencial para desarrollar la autonomía, que permite la satisfacción de necesidades básicas.<sup>32</sup> Una tercera

<sup>27</sup> SILVA, cit. (n. 6), p. 190; TORRES, cit. (n. 3) p. 85; OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS (Eds.), “Background conference document prepared by the Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights. Legal capacity”, 2005, en línea: <https://www.un.org/esa/socdev/enable/rights/ahc6documents.htm> (Consultado: 13 de julio de 2022).

<sup>28</sup> BARRANCO, CUENCA y RAMIRO, cit. (n. 22), p. 58.

<sup>29</sup> En la doctrina nacional: DUCCI, Carlos, *Derecho Civil. Parte General*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago 1988, 3ª edición, p. 263; VODANOVIC, Antonio, *Derecho Civil. Parte preliminar y parte general*, Editorial Conosur Ltda., Santiago, 1991, 5ª ed., T II, p. 235; CLARO, Luis, *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1979, T. XI, p. 26, entre otros.

<sup>30</sup> COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD ONU, cit. (n. 25), p. 6; BENAVIDES, cit. (n. 15), p. 34.

<sup>31</sup> BENAVIDES, cit. (n. 15), p. 35.

<sup>32</sup> BENAVIDES, cit. (n. 15) p. 36, “La teoría de los derechos justifica un paternalismo desmedido que limita el ejercicio de los derechos de las personas que no cumplen con una medida satisfactoria de rasgos que definen la dignidad humana y, sobre la base de su “mejor interés”, son sustituidas en la toma de decisiones. Todas las formas de apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica de las *Personas con Discapacidad Intelectual* (PcDI), incluidas las formas más intensas, deben estar basadas en la voluntad y las preferencias de la persona, no en lo que se suponga que es su “interés superior objetivo.”



cuestión, se relaciona con las dificultades que pueden encontrar las personas con discapacidad para desarrollar su potencial, que no siempre dependen de sus características, sino de los obstáculos del entorno, porque no los toman en cuenta o cuando lo hacen, no los consideran personas autónomas, impidiéndoles acceder a bienes y servicios.<sup>33</sup> En la capacidad universal en cambio, se parte de la base que las personas con discapacidad son sujetos de derecho, iguales a los demás en dignidad y derechos, pero bajo determinadas circunstancias requieren apoyo, que permita garantizar el ejercicio de sus derechos con igualdad.<sup>34</sup>

En relación con la presunción de capacidad del artículo 12, GARCÍA RUBIO<sup>35</sup> sostiene que son tres las ideas que se desprenden de ella. La primera relacionada con el término “capacidad jurídica”, que abarca tanto a la capacidad de goce como a la de ejercicio. La segunda, que el modelo sustitutivo debe ser reemplazado por el de apoyo en la toma de decisiones y, una tercera que, a fin de asegurar que el apoyo no permita solapar un régimen de sustitución en la toma de decisiones, debe implementarse un efectivo sistema de salvaguardias, constituyéndose como mecanismo de control y garantía de respeto del modelo. Estos tres aspectos están íntimamente ligados, siendo la capacidad, interpretada como comprensiva de la adquisitiva y de obrar, una cuestión que fue y ha sido de las más discutidas sobre la Convención y que, dada su trascendencia, será analizada en el siguiente apartado.

## 2.2. La capacidad jurídica como concepto único en la CDPD

Durante el quinto período de sesiones del Comité especial de la ONU mandatado para elaborar la Convención, reunido entre el 24 de enero y el 4 de febrero de 2005, se discutió entre otros, el texto del artículo 9 del proyecto- actual artículo 12-, cuyo párrafo 2 puso de manifiesto las profundas discrepancias conceptuales que existían en torno al concepto de capacidad jurídica.<sup>36</sup> Estas se producen porque, mientras algunos países sostenían que el concepto de capacidad

<sup>33</sup> BENAVIDES, cit. (n. 15), p. 37. BARRANCO; CUENCA y RAMIRO, cit. (n. 22), p. 64.

<sup>34</sup> BARRANCO; CUENCA y RAMIRO, cit. (n. 22), p. 64; BENAVIDES, Álvaro, “Capacidad jurídica: una reflexión necesaria a la luz de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad”, *Anuario de Derechos Humanos (Universidad de Chile)*, 2015, N° 11, p. 56, disponible en línea: <https://anuarioodh.uchile.cl/index.php/ADH/article/view/37487/39165> (consultada: 15 de mayo de 2022).

<sup>35</sup> GARCÍA RUBIO, María Paz, “La necesaria y urgente adaptación del Código Civil español al artículo 12 de la Convención de Nueva York sobre los derechos de las personas con discapacidad”, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, 2017, N° 3, pp. 151-153; GARCÍA PONS, cit. (n. 2), p. 66; GUILARTE, Cristina, “Matrimonio y discapacidad”, *Derecho Privado y Constitución (España)*, 2018, N° 32, p. 58, disponible en línea: <https://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/derecho-privado-y-constitucion/numero-32-enerojunio-2018/matrimonio-y-discapacidad> (Consultada: 27 de marzo de 2022).

<sup>36</sup> TORRES, cit. (n. 3), p. 47; GARCÍA PONS, cit. (n. 2), p. 67.

jurídica incluía tanto la de goce como la de ejercicio, muchos otros entendían que la declaración sobre la plena capacidad jurídica, solo decía relación con la capacidad adquisitiva. Considerado esa discusión, se incorporó una nota al pie que aclaraba, en diferentes idiomas, que la capacidad jurídica no incluía a la capacidad de ejercicio.<sup>37</sup>

En el séptimo período de sesiones se propusieron dos redacciones al artículo, manteniendo la nota al pie aclaratoria. Fue durante las reuniones finales del 5 de diciembre de 2006, que se llegó a un acuerdo para eliminar la nota al pie, haciendo desaparecer la restricción expresa al concepto de capacidad jurídica.<sup>38</sup> Así, el 13 de diciembre se aprobó el proyecto de la Convención con el contenido actual del artículo 12 y sin incluir la nota sobre la distinción entre capacidad de goce y de ejercicio.<sup>39</sup> Después, dentro del proceso de firma y ratificación, se produjeron una serie de reservas e interpretaciones de la disposición, evidenciando lo problemática que iba a ser su concreta aplicación en ordenamientos nacionales.<sup>40</sup>

En los años siguientes y luego de recibirse los informes iniciales de los Estados,<sup>41</sup> en 2014 el Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad, emitió la Observación General N° 1 referida al artículo 12,<sup>42</sup> atendidos los problemas advertidos sobre su aplicación. El documento aclara el alcance del término capacidad jurídica, explicitando que comprende no solo la aptitud para ser titular de los derechos sino también la de ejercerlos por sí mismo, por su condición de seres humanos. Asimismo, enfatiza la distinción entre capacidad jurídica y capacidad mental, señalando que la última no es un fenómeno objetivo, natural o científico, sino que está influido por el contexto social y político, así como las profesiones y disciplinas que se encargan de evaluarlos. También se sostiene, que en la mayoría de los Estados hay una confusión sobre estos conceptos, por ello cuando una persona tiene falta de aptitud para tomar decisiones, se opta por privarla de su capacidad jurídica. Además, insiste que los Estados deben prestar apoyo a la

<sup>37</sup> TORRES, cit. (n. 3), p. 49; PALACIOS, cit. (n. 6) p. 437.

<sup>38</sup> PALACIOS, cit. (n. 6), p. 419; TORRES, cit. (n. 3), p. 83.

<sup>39</sup> BARRANCO; CUENCA y RAMIRO, cit. (n. 22), p. 66. En nuestro CC, según los artículos 1445 y 1447, la distinción entre capacidad de goce y de ejercicio se mantiene.

<sup>40</sup> GARCÍA PONS, cit. (n. 2), p. 68.

<sup>41</sup> Artículo 35.1. CDPC: “1. Los Estados Partes presentarán al Comité, por conducto del Secretario General de las Naciones Unidas, un informe exhaustivo sobre las medidas que hayan adoptado para cumplir sus obligaciones conforme a la presente Convención y sobre los progresos realizados al respecto en el plazo de dos años contado a partir de la entrada en vigor de la presente Convención en el Estado Parte de que se trate”, CDPC, cit. (n. 1).

<sup>42</sup> COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD ONU, cit. (n. 25).

persona con discapacidad para que pueda ejercer su capacidad jurídica.<sup>43</sup>

Por otra parte, el Comité dispuso que los Estados deben tomar todas las medidas necesarias para el reconocimiento de las personas con discapacidad como personas ante la ley, en igualdad de condiciones, reconociendo su personalidad jurídica y la plena capacidad para actuar en todos los ámbitos de la vida.<sup>44</sup> Esto implica la derogación de los regímenes en que se tomen decisiones sustitutivas que les niegan su capacidad jurídica.<sup>45</sup> De esa forma, el Comité fijó el alcance y efecto que debe atribuirse a la norma.

Por todas estas consideraciones, resulta pertinente preguntarse si aún es válida la distinción entre capacidad de goce y de ejercicio, en particular respecto de personas con discapacidad mayores de edad, o si ambas se encuentran reunidas en el concepto de capacidad jurídica de la Convención y no es posible separarlas por razones de discapacidad. Este tema tiene especial relevancia en relación con las personas con discapacidad mental e intelectual, porque quienes tienen discapacidad física o sensorial, en general no presentan problemas para ejercer su capacidad.<sup>46</sup>

Para GARCÍA PONS, si la capacidad de goce es un atributo de la personalidad, la de ejercicio la presupone, requiriéndose un mínimo de madurez de la persona para hacerse cargo de su persona y bienes.<sup>47</sup> Siguiendo esta idea, algunos autores sostienen que el artículo 12, sin perjuicio de la Observación General, puede interpretarse entendiendo contenida en él, la distinción entre capacidad adquisitiva y de ejercicio. Así, en los dos primeros párrafos, al referirse a la personalidad jurídica y la capacidad se estaría reconociendo la adquisitiva, en cambio en los párrafos tercero y cuarto, se estaría aludiendo a la de ejercicio, que puede requerir apoyo y salvaguardias. Por otra parte, el reconocimiento de la capacidad jurídica sería algo automático, en cambio respecto a la capacidad de obrar se instruye a los Estados, a adoptar medidas y asegurarse que en su ejercicio se proporcionen las salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir abusos.<sup>48</sup>

<sup>43</sup> BENAVIDES, cit. (n. 34), p. 33.

<sup>44</sup> TORRES, cit. (n. 3), p. 85. El Comité había observado que, en general, no se había comprendido que el cambio de paradigma introducido por el Tratado obligaba a eliminar el sistema de sustitución, reemplazándolo por el de asistencia incorporado por el nuevo enfoque social de la discapacidad.

<sup>45</sup> COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD ONU, cit. (n. 25), p. 14.

<sup>46</sup> GARCÍA PONS, cit. (n. 2), p. 69; COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD ONU, cit. (n. 25), p. 3.

<sup>47</sup> GARCÍA PONS, cit. (n. 2), p. 70.

<sup>48</sup> GARCÍA PONS, cit. (n. 2), p. 70; MUNAR, Pedro, “La curatela: principal medida de origen judicial para las personas con discapacidad”, *Revista de Derecho Civil (Notarios y Registradores)*, 2018, Vol. V, N° 3, p. 123, en línea: <https://www.nreg.es/ojs/index.php/RDC/article/view/365> (Consultada: 26 de junio de 2022). También PEREÑA, Monserrat, “Derechos fundamentales y capacidad jurídica. Claves para una

Sin embargo, el mismo GARCÍA PONS plantea si es posible que la Convención haya querido hacer desaparecer la diferencia de forma deliberada, a fin de evitar los conflictos que se producen a partir de ésta y que pueden significar que, en algunos Estados, aunque se reconozca la capacidad jurídica exista discriminación en el ejercicio de derechos por razones de discapacidad o incluso se suprima la capacidad. Agrega, que la capacidad jurídica, esto es, la posibilidad de ser titular de derechos y obligaciones o la personalidad jurídica, es una cuestión de derechos humanos implícita en las personas, siendo innecesario entenderla como una clase de capacidad diferente a la de ejercicio.<sup>49</sup>

Todas estas reflexiones, han llevado a que algunos autores, analizando el contenido del artículo 12, entiendan que el concepto de capacidad jurídica comprende la de goce y de obrar.<sup>50</sup> Así, reconocen que la primera está contenida en el concepto de personalidad jurídica y que la de ejercicio sería a la que denomina capacidad jurídica.<sup>51</sup>

En todo caso, estimo que no es posible obviar que la disposición analizada reconoce las dos dimensiones de la capacidad. Por un lado, al destacar la personalidad jurídica y la capacidad jurídica y, por otro, al señalar que en su ejercicio (de la capacidad jurídica) se puede requerir apoyo. Sin embargo, cabe destacar que la interpretación que incorpora ambos aspectos dentro de la capacidad jurídica, es la que más se ajusta al modelo social y, por ende, se aviene con el sistema de apoyo en la toma de decisiones. Planteado de otra forma, el concepto único de capacidad permite justificar la proscripción del sistema sustitutivo de la voluntad o de cualquier forma de representación, como lo hace la Observación General.<sup>52</sup> Así, en el entendido que la capacidad jurídica es única y proviene del carácter de sujeto de derecho,<sup>53</sup> ninguna autoridad podría privar a una persona de ella o limitarla, para nombrar a otra que la represente y ejerza sus derechos.

La opción de la CDPD, con enfoque de derechos humanos y sustento en el modelo social, pareciera que fue consagrar un concepto único de capacidad para personas con discapacidad, complementada con un sistema de apoyo, para quienes lo requieran, a fin de facilitarles su ejercicio. Este último aspecto, constituye un segundo pilar fundamental del artículo 12, que será abordado en el siguiente acápite.

---

propuesta de reforma legislativa”, *Revista de Derecho Privado (España)*, 2016, N° 4, pp. 8 y 16, critica la reducción que realiza la Observación General N°1.

<sup>49</sup> GARCÍA PONS, cit. (n. 2), p. 70.

<sup>50</sup> GARCÍA PONS, cit. (n. 2), p. 71; CUENCA, cit. (n. 22), p. 133; GARCÍA RUBIO, cit. (n. 35), p. 152; BARRANCO, CUENCA Y RAMIRO, cit. (n. 22), p. 57 y 66.

<sup>51</sup> GARCÍA PONS, cit. (n. 2), p. 73.

<sup>52</sup> COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD ONU, cit. (n. 25), pp. 2 y 7.

<sup>53</sup> COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD ONU, cit. (n. 25), p. 3.

### *2.3. El sistema de apoyo en la toma de decisiones en el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad*

El artículo 12. 3 dispone que los Estados deben adoptar las medidas que sean necesarias para suministrar a las personas con discapacidad el apoyo que puedan requerir en el ejercicio de su capacidad jurídica. Así, el apoyo en la toma de decisiones constituye un segundo eje central de esta norma, permitiendo garantizar el ejercicio de la capacidad en igualdad de condiciones.<sup>54</sup> Se configura un sistema que reemplazará al de sustitución de la voluntad, eliminando las figuras con esa finalidad y la incapacitación de personas mayores de edad por razones de discapacidad,<sup>55</sup> ya que el nuevo sistema se fundamenta en la asistencia de la persona en la toma de sus propias decisiones.<sup>56</sup> Esto plantea un nuevo equilibrio entre los principios de protección y autonomía.<sup>57</sup>

CUENCA, sostiene que una de las características que debe tener un sistema de apoyos es que debe ser complejo, porque no es suficiente eliminar la tutela o curatela representativas y reemplazarlas por asistencia, es necesario crear diferentes figuras, con su regulación propia. Además, para que funcione deben estar involucrados los diferentes órganos y poderes del Estado, diseñando la normativa y políticas públicas, junto a los operadores jurídicos privados.<sup>58</sup> De esta forma, las personas elegidas como apoyo, deben ser reconocidas por el ordenamiento, que debe contemplar los diferentes medios para prestarlo, así como facilitar el acceso gratuito o con costo muy bajo.<sup>59</sup>

El apoyo, según la Observación General N° 1, es un término amplio y puede comprender distintas medidas o actuaciones, formales o informales, con diferentes intensidades, variando de una persona a otra según su discapacidad sea ella física, mental, intelectual o sensorial. Este criterio se ajusta al principio contenido en el artículo 3 letra d) que fomenta el respeto por las diferencias y aceptación.<sup>60</sup> Por

<sup>54</sup> CUENCA, cit. (n. 22), p. 73.

<sup>55</sup> SILVA, cit. (n. 6), p. 214.

<sup>56</sup> GARCÍA RUBIO, cit. (n. 35), p. 153; COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD ONU, cit. (n. 25), p. 6. Es un objetivo del sistema de apoyo, estimular la confianza y desarrollo de las habilidades de la persona con discapacidad, para que en el futuro puedan celebrar actos con menos apoyo.

<sup>57</sup> CUENCA, cit. (n. 22), p. 74; PEREÑA, cit. (n. 48), p. 26.

<sup>58</sup> CUENCA, cit. (n. 22), p. 75.

<sup>59</sup> COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD ONU, cit. (n. 25), p. 7; GARCÍA RUBIO, cit. (n. 35), p. 158.

<sup>60</sup> COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD ONU, cit. (n. 25), p. 5. CUENCA, cit. (n. 22), p. 76.

ello, una medida de apoyo puede consistir en la sola compañía para realizar algún trámite, un consejo, orientación, información o incluso asesoría en la celebración de algún acto jurídico, dependiendo del requerimiento de apoyo.<sup>61</sup>

Este sistema, entonces, debe ser personalizado y adaptarse a las necesidades de la persona, en especial a sus deficiencias sean ellas físicas, mentales, intelectuales o sensoriales. Esto permite sostener que las medidas deben ser individuales y proporcionales.<sup>62</sup> Por ello, se ha señalado que la medida de apoyo es “un traje a medida” o “tantos trajes a medida como sean necesarios”, porque la asistencia debe ajustarse a la persona y a sus circunstancias.<sup>63</sup>

Todas sus manifestaciones, además, deben estar fundadas en un nuevo estándar exigido en el párrafo 4 del artículo 12, que es el respeto por la voluntad y preferencias. Este criterio viene a reemplazar al interés objetivo o superior,<sup>64</sup> presente en el modelo sustitutivo y que permitía justificar el valor de las decisiones tomadas por un representante, nombrado aún contra la voluntad de la persona.<sup>65</sup> Este rasgo esencial y estándar de conducta, se relaciona con el principio de participación plena e inclusión, del artículo 3 letra c) y con el de libertad, independencia y autonomía individual de la letra a) y permite concluir que con esta exigencia, se garantiza la participación de la persona, estableciéndose también, como una salvaguardia, que obliga a quien presta el apoyo, a realizar una genuina labor de asistencia que permita la toma de decisiones “propias” de la persona con discapacidad.<sup>66</sup>

Por otro lado, cuando se esté en presencia de situaciones en que los apoyos deban ser intensos, atendida la condición de la persona, se debe tratar de reconstruir

<sup>61</sup> COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD ONU, cit. (n. 25), p. 5, da como ejemplos, incluso los trámites bancarios en los que la persona pueda necesitar apoyo. En ordenamientos nacionales, la Ley 1996 de 2019 de Colombia, artículo 3.4. al definir apoyos, contempla la posibilidad que consistan en asistencia en la comunicación, comprensión de un acto jurídico y sus consecuencias y en la manifestación de la voluntad y las preferencias de la persona con discapacidad. Así también lo señala el legislador español en el Preámbulo, III, Ley 8 de 2021 (España). Un buen ejemplo de medidas no relacionadas con la celebración de un acto jurídico, lo encontramos en la sentencia del Tribunal Supremo español, Rol n° 589/2021, primera de dicho Tribunal después de la Ley 8 de 2021, que respecto de una persona con “síndrome de Diógenes” le impone, aún en contra de su voluntad, entre otras, la medida de ser asistido en la limpieza de su casa. Tribunal Supremo de España, sentencia de 8 de septiembre de 2021, Rol N° 389/2021, en vlex.es, <https://vlex.es/vid/875733238> (consultada: 12 de julio de 2022).

<sup>62</sup> CUENCA, cit. (n. 22), p. 75; MUNAR, cit. (n. 48), pp.132-133.

<sup>63</sup> GARCÍA RUBIO, cit. (n. 35), p. 174; PEREÑA, cit. (n. 48), p. 22, entre otras.

<sup>64</sup> COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD ONU, cit. (n. 25), p. 7; GARCÍA RUBIO, cit. (n. 35), pp. 153-154.

<sup>65</sup> GARCÍA RUBIO, cit. (n. 35), p. 157.

<sup>66</sup> CUENCA, cit. (n. 22), p. 74 y 80; PEREÑA, cit. (n. 48), p. 24 y 28; TORRES, cit. (n. 3), p. 86, entre otras.

la voluntad y preferencias, las llamadas “opciones vitales”,<sup>67</sup> esto es, la vida y circunstancias de la persona y así actuar conforme con el denominado “interés preferido”,<sup>68</sup> quedando demostrado que, sin importar la profundidad o extensión de la medida, actuar con apego a la voluntad y preferencias en el proceso de decisión es un criterio de actuación y un objetivo para quien lo realiza.<sup>69</sup>

Además, las medidas son totalmente voluntarias porque constituyen un derecho para la persona con discapacidad, así, por una parte, no es posible que sean forzadas a aceptar el apoyo<sup>70</sup> y, por otra, podrán modificarlo o terminarlo en cualquier momento,<sup>71</sup> ya que solo deben adoptarse las medidas necesarias y requeridas para el ejercicio de los derechos. Como consecuencia de esto, las medidas tendrán un carácter temporal y serán revisadas de manera periódica sea judicial o administrativamente, constituyendo no solo una característica sino también, una forma de asegurar su funcionamiento.

La Observación General, asimismo señala algunos otros aspectos esenciales, entre ellos, que la asistencia debe estar disponible para todas las personas con discapacidad y aunque el grado de apoyo sea intenso, que ello no constituya una limitante para obtenerlo. En ese mismo sentido, el modo de comunicación de la persona con discapacidad no puede constituir un impedimento para obtener asistencia. En otro orden de ideas, la necesidad de contar con apoyo, no puede ser usada como excusa para limitar el ejercicio de derechos fundamentales, como el derecho a voto, a contraer matrimonio y fundar una familia, derechos reproductivos

<sup>67</sup> PEREÑA, cit. (n. 48), pp. 28 y 29. Además, hace una distinción entre las situaciones en que una persona tiene una enfermedad mental, una neurodegenerativa o una discapacidad intelectual, reconociendo que en estos casos, quien preste apoyo debe reforzar la que denomina “autonomía decisional”. En el caso de las enfermedades, la asistencia debe adaptarse continuamente a la evolución. DE VERDA Y BEAMONTE, José, “Límites a la voluntad de la persona con discapacidad en orden al establecimiento y ejercicio de las medidas de apoyo”, columna de opinión, Instituto de Derecho Iberoamericano, 3 de mayo de 2022, en línea: <https://idibe.org/tribuna/ntad-la-persona-discapacidad-orden-al-establecimiento-ejercicio-las-medidas-apoyo/> (consultada: 5 de mayo de 2022). Señala que puede haber casos extremos en que sea necesario recurrir a parámetros objetivos de actuación, si la persona nunca tuvo la oportunidad de formar libremente su voluntad.

<sup>68</sup> TORRES, cit. (n. 3), p. 104.

<sup>69</sup> CUENCA, cit. (n. 22), p. 76 y 80; PEREÑA, cit. (n. 48), pp. 23-24, entre otras. En tanto, el artículo 249 del Código Civil español, modificado en 2021, incorpora un criterio complementario para quien presta apoyo, cuando no sea posible determinar la voluntad y preferencias de la persona con discapacidad, debiendo considerarse la “*trayectoria vital*” de la persona (creencias y valores).

<sup>70</sup> En sentido contrario, la sentencia del Tribunal Supremo de España, de 8 de septiembre de 2021, cit. (n. 61), que decide imponer la curatela a un hombre con “síndrome de Diógenes” que no estaba dispuesto a aceptar la asistencia, entendiendo la negativa como un efecto propio del trastorno y considerando que no adoptar la medida profundiza su estado de degradación y abandono.

<sup>71</sup> COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD ONU, cit. (n. 25), pp. 5-6 y 8; GARCÍA RUBIO, cit. (n. 35), p. 158, entre otras.



o patria potestad, entre otros.<sup>72</sup>

Finalmente, dentro del sistema de apoyo, se contempla un contrapeso o mecanismo de control, que consiste en las salvaguardias del párrafo 4, que constituyen una garantía de funcionamiento del sistema,<sup>73</sup> a las que me referiré en el próximo acápite.

#### *2.4. Las salvaguardias como garantías de funcionamiento*

Las salvaguardias para GARCÍA RUBIO<sup>74</sup> contenidas en el párrafo 4, constituyen el tercer eje central sobre el cual descansa el artículo 12. Su principal objetivo es evitar que, a través del sistema de apoyos se disfrace un sistema de sustitución, privando de la capacidad a la persona con discapacidad. Es por ello que, según la Convención, los Estados deberán establecer salvaguardias “adecuadas y efectivas” para asegurar que se mantenga el sistema y se respete la capacidad jurídica en toda circunstancia, así como los derechos, la voluntad y preferencias de la persona con discapacidad.<sup>75</sup> Asimismo, ellas deben garantizar que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida de la persona que desempeña la labor de apoyo; que las medidas sean proporcionales y se adapten a las circunstancias de la persona con discapacidad; que sean temporales y que estén sujetas a un examen o revisión periódica por un tribunal u otra autoridad.

La arquitectura de la norma genera una estrecha relación con las medidas de apoyo, así las salvaguardias tienen por finalidad constituir otro cimiento sobre el que gravita el sistema, entregando la confianza necesaria de efectividad y respeto, pero a la vez intentando preservar el equilibrio entre autonomía y protección.<sup>76</sup> La primera, se logra con efectivas, personalizadas y variadas medidas de apoyo, en los casos que la persona los necesite. La protección, en cambio, se materializa a través de salvaguardias y dentro de ellas, tal vez las más significativas sean el control de la influencia indebida y/o conflicto de intereses. Es por ello, que la adecuada fiscalización de las medidas de asistencia permite asegurar una mayor autonomía y aminorar el peligro de daño. Esto posibilita crear un ambiente de protección más significativo para la persona, traduciéndose en mayor libertad y participación más

<sup>72</sup> COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD ONU, cit. (n. 25), p. 7; BARRANCO, CUENCA Y RAMIRO, cit. (n. 22), p. 61.

<sup>73</sup> COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD ONU, cit. (n. 25), p. 8.

<sup>74</sup> GARCÍA RUBIO, cit. (n. 35), p. 154; PALACIOS Y BARIFFI, cit. (n. 2), p. 105.

<sup>75</sup> COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD ONU, cit. (n. 25), p. 8. Es el criterio o estándar de conducta que reemplaza al interés superior del sistema de sustitución. “Interés preferido” para TORRES, cit. (n. 3), p. 104.

<sup>76</sup> PEREÑA, cit. (n. 48), p. 27.

efectiva en la sociedad.<sup>77</sup>

En relación con las influencias indebidas, podrían provenir tanto de la persona que presta apoyo como de terceros, pero en general, se pueden advertir cuando la persona asistida demuestra miedo, o hay evidencias de amenaza, intimidación o engaño. Precisamente para evitarlo, existen los controles que permiten resguardar el respeto por la voluntad y preferencias y, en definitiva, la autonomía de la persona, su derecho a tomar sus decisiones y a cometer sus propios errores.<sup>78</sup>

En este punto, es relevante tener en consideración que, en la medida de lo posible, la persona con discapacidad debe mantener la iniciativa para tomar decisiones y quien presta apoyo debe incentivar ese comportamiento. Así, cuando se requiera de la asistencia para un acto determinado, la medida en concreto operará como una forma de resguardo o protección de intereses, esto es, como salvaguardia.

Asimismo, un límite a la autonomía está constituido por el eventual perjuicio que puede sufrir la persona, cuando no ejerce su capacidad jurídica con los apoyos necesarios, precisamente es el sentido que se atribuye a las expresiones contenidas en los párrafos 3, 4 y 5 del artículo 12, entre ellas: “medidas pertinentes”, “salvaguardias” o la obligación de velar para impedir la privación arbitraria de sus bienes.<sup>79</sup>

Hubo dos importantes críticas que recibió el párrafo 4 durante el proceso de discusión y que fueron formuladas por organizaciones de personas con discapacidad. Según explica PALACIOS,<sup>80</sup> la primera relacionada con la exigencia que las salvaguardias sean implementadas de conformidad con el derecho internacional de los derechos humanos, en particular porque esta disciplina se sostiene en el modelo de sustitución y no en el de apoyo. Una segunda crítica, se refiere a la limitación de tiempo que deben tener las medidas, como salvaguardia, y que se estimó como propia de un sistema de sustitución que priva o restringe los derechos a las personas con discapacidad, es decir, inapropiada para el de asistencia, en que las medidas debieran extenderse mientras sean necesarias.

En particular, estimo que tales críticas, no consideran que las salvaguardias como fueron concebidas en el párrafo 4, tienen como función principal la de garantizar el equilibrio entre la autonomía y protección de las personas con discapacidad, fundamental en un sistema de apoyos.

Así se estructuran los tres pilares que sustentan el artículo 12, con el derecho al reconocimiento de su personalidad y capacidad jurídica en igualdad

<sup>77</sup> PEREÑA, cit. (n. 48), p. 27.

<sup>78</sup> TORRES, cit. (n. 3), p. 87.

<sup>79</sup> PEREÑA, cit. (n. 48), p. 28.

<sup>80</sup> PALACIOS, cit. (n. 6), p. 466 y 478.

de condiciones, completándose con la adopción de un sistema de apoyo en la toma de decisiones y las salvaguardias que garanticen el respeto de esa capacidad y, en especial, de la voluntad y preferencias de la persona. Esta disposición, se ha entendido complementada con la Observación General N°1,<sup>81</sup> emitida por el Comité en uso de sus facultades,<sup>82</sup> que no solo interpretó el contenido del artículo sino también estableció ciertas obligaciones a los Estados, entre ellas, hacer efectivo el igual reconocimiento ante la ley e implementar medidas para que se les reconozca la capacidad jurídica, así como elaborar leyes y políticas en las que se reemplacen los regímenes de sustitución por uno de apoyo. Lo anterior, conduce a examinar cuál o cuáles son los principales desafíos que enfrenta el legislador chileno en esta materia, teniendo en cuenta que está pendiente una modificación adecuadora del CC.

### *III. PRINCIPALES DESAFÍOS QUE ENFRENTA EL LEGISLADOR CHILENO EN MATERIA DE CAPACIDAD JURÍDICA DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD*

La CDPD forma parte del ordenamiento nacional desde 2008 y, aunque a la fecha se han dictado algunas leyes<sup>83</sup> destinadas a hacer efectivo el ejercicio de los derechos recogidos en la Convención, está pendiente la reforma, entre otros, del CC. Esta modificación se debe encaminar a dar cumplimiento no solo a la Convención, sino también a las Observaciones finales que el Comité emitió<sup>84</sup> al informe inicial de Chile,<sup>85</sup> en el que manifestó la preocupación por la vigencia, dentro del CC, de la incapacidad de las personas con discapacidad y del procedimiento de interdicción de la Ley 18.600.<sup>86</sup> Asimismo, solicitó derogar todas las normas que limiten total

<sup>81</sup> COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD ONU, cit. (n. 25), p. 6.

<sup>82</sup> TORRES, cit. (n. 3), p. 104. En la doctrina española no existe consenso sobre el carácter vinculante que tienen para los Estados las Observaciones Generales.

<sup>83</sup> Véase la legislación citada (n. 21).

<sup>84</sup> COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD ONU (Eds.), “Observaciones finales sobre el informe inicial de Chile. Adición: Comentarios recibidos de Chile sobre las observaciones finales”, 1° de julio de 2016, disponible en línea: <http://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=6QkG1d%2FPPRiCAqhKb7yhsrBkvDLHrFFq8wSOe2z9g3hjZkwUlxbU0X83VfBDhw8%2BVIBUwQlwe77CxBKpsxbMrbaqhMINJx6jkeDn%2FvtIhzABOIVvYiEc5aE2OnG9z1MjRSvcKHuFAYwTRb1EmYoD5LA%3D%3D> (Consultado: 5 de julio de 2022).

<sup>85</sup> El informe inicial de Chile se envió en cumplimiento al artículo 35 párrafo 1 de la CDPD.

<sup>86</sup> Ley N° 18.600 de 1987 (Chile), “Establece normas sobre deficientes mentales”, disponible en línea: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=29991&idVersion=2018-04-01&idParte=> (consultado: 4 de julio de 2022).

o parcialmente la capacidad jurídica de las personas con discapacidad y adoptar las medidas necesarias para incorporar al ordenamiento un modelo basado en el apoyo en la toma de decisiones que respete la voluntad y preferencias, según el artículo 12.<sup>87</sup>

Lo señalado en las Observaciones finales, así como la interpretación del artículo 12 de la Observación General N°1, permiten fijar un derrotero en la adecuación de las normas sobre capacidad de las personas con discapacidad y, con esa finalidad, se han presentado varios proyectos de ley,<sup>88</sup> que se encuentran pendientes en su tramitación. Sin perjuicio de ello, debo recalcar que del análisis de las bases fundamentales del artículo 12, es posible extraer algunos aspectos esenciales que deberá considerar el legislador al introducir las modificaciones.

### 3.1. *En relación con el concepto de capacidad jurídica*

En primer término, respecto a la clásica distinción entre capacidad de goce y de ejercicio,<sup>89</sup> ella se encuentra recogida en el CC, siendo la primera de ellas un atributo de la personalidad, es decir, inherente a toda persona y consistente en la aptitud para adquirir derechos.<sup>90</sup> La capacidad de ejercicio, en cambio, es definida como la aptitud legal de una persona para ejercer derechos y contraer obligaciones,<sup>91</sup> y según el inciso final del artículo 1445 con la denominación de capacidad legal, que “(...) consiste en poderse obligar por sí mismo, sin el ministerio o autorización de otro”. La regla general sobre esta última es la capacidad, según el artículo 1446. Así, las incapacidades son excepcionales, las establece el legislador y afectan a la

<sup>87</sup> COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD ONU (Eds.), “Observaciones finales sobre el informe inicial de Chile...”, cit. (n. 84), p. 4.

<sup>88</sup> CÁMARA DE DIPUTADOS DE CHILE, “Boletín 12441-17. Modifica diversos textos legales con el objeto de eliminar la discriminación en contra de personas con discapacidad intelectual, cognitiva y psicosocial”, 2019, en línea: <https://www.camara.cl/legislacion/ProyectosDeLey/tramitacion.aspx?prmID=12972&prmBoletin=12441-17> (Consultado: 18 de junio de 2022) SENADO DE CHILE, “Boletín 12612-07. Proyecto de ley que restringe gradualmente la capacidad de ejercicio de los adultos mayores con deterioro cognitivo”, 2019, disponible en línea: [https://www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php?boletin\\_ini=12612-07](https://www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php?boletin_ini=12612-07) (Consultado: 18 de junio de 2022); SENADO DE CHILE, “Boletín 14783-07. Crea un Estatuto de Facilitadores y Asistentes, establece un nuevo procedimiento de interdicción de las personas dementes, y modifica el Código Civil y otros cuerpos legales que indica”, 2022, disponible en línea: <https://www.camara.cl/legislacion/ProyectosDeLey/tramitacion.aspx?prmID=15273&prmBOLETIN=14783-07> (Consultado: 18 de junio de 2022).

<sup>89</sup> CLARO, cit. (n. 29), p. 23.

<sup>90</sup> Capacidad adquisitiva, pertenece a todas las personas y aunque el CC no la define, la supone: LEÓN, Avelino, *La voluntad y la capacidad en los actos jurídicos*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1991, p. 231; DUCCI, cit. (n. 29), p. 261., entre otros.

<sup>91</sup> VODANOVIC, cit. (n. 29), p. 234.

capacidad de ejercicio.<sup>92</sup> El demente, está dentro de las incapacidades absolutas del artículo 1447.<sup>93</sup>

Sin perjuicio de las distinciones de nuestro ordenamiento y que la expresión capacidad jurídica no es nombrada ni definida por el legislador nacional, debemos recordar que el contenido de dicha expresión no genera un total consenso. En lo referente a su carácter único, porque para parte de la doctrina comparada las nociones y distinciones entre capacidad adquisitiva y de obrar sí están contenidas en la CDPD.

En todo caso, más allá de esta distinción, me parece que lo esencial a tener en consideración en este punto, según la propia Convención, que las deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales<sup>94</sup> que las afecten no pueden constituir una razón para privar del ejercicio de la capacidad<sup>95</sup> y, ese aspecto central lo deberá tener en cuenta el legislador nacional para efectuar una correcta adecuación normativa, sin perjuicio de entregar una definición sobre capacidad jurídica.

Respecto al concepto de capacidad jurídica y las distinciones entre capacidad de goce y ejercicio, cabe señalar que dos de los proyectos de ley eliminan a los dementes de los incapaces absolutos del artículo 1447. El primero, reconociendo su capacidad jurídica dentro del Código Sanitario (Boletín 12441-17) y el segundo (Boletín 12612-07) no solo derogando la incapacidad del demente, sino que estableciendo una presunción de derecho de capacidad y suprimiendo la exigencia de la capacidad como requisito de validez del artículo 1445. El tercero (Boletín 14783-07) en cambio, los mantiene como incapaces absolutos, incorporando una definición amplia de demente y eliminando la incapacidad (sensorial) del sordo o sordomudo.

En este punto, los dos primeros proyectos, en estricto sentido se ajustan a la Convención, pero estimo que la eliminación de la capacidad legal, como requisito de validez del acto jurídico, desconoce la estrecha e indisoluble relación existente entre capacidad y voluntad. Por otra parte, se olvida que el requisito de la capacidad no solo considera a los “dementes”, sino también es aplicable a otras personas, en particular, a los menores de 18 años, cuya incapacidad es de diferente naturaleza y su análisis, así como los problemas y desafíos que plantea exceden al contenido del

<sup>92</sup> CLARO, cit. (n. 29), pp. 25-26. La distinción entre capacidad de goce y de ejercicio es imposible respecto de derechos inherentes al sujeto y cuyo ejercicio no puede ser delegado, da como ejemplos el derecho a reconocer un hijo, a casarse y a testar, en que la incapacidad de ejercicio de derechos civiles no les impide ejercerlos.

<sup>93</sup> VODANOVIC, cit. (n. 29) p. 234; CLARO, cit. (n. 29) p. 26, entre otros.

<sup>94</sup> Según la definición de personas con discapacidad del artículo 1 inciso 2° CDPD.

<sup>95</sup> CLARO, cit. (n. 29), p. 25. Señala que, la incapacidad de goce es más bien una privación de derechos, en cambio la incapacidad de ejercicio, se aplica a aquellas personas que no tienen capacidad legal.

artículo 12 de la CDPD, objeto del presente trabajo.

Por tal razón, parece conveniente que, para efectos de regular la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, se formule la distinción entre mayores y menores de edad, estableciendo un estatuto diferenciado en base a dicho criterio,<sup>96</sup> sin considerar la discapacidad y que reconozca la capacidad jurídica de las personas con discapacidad física, mental, intelectual y sensorial. En segundo lugar, se mantenga como requisito de validez del acto jurídico, conservando la regulación dentro del CC y el nexo con la voluntad. Por último, resulta indispensable definir qué se va a entender por capacidad jurídica, lo que supone la distinción entre titularidad y ejercicio, a fin de conectarlo, con el diseño de un robusto sistema de apoyo en la toma de decisiones.

### 3.2. *En relación con el sistema de apoyo y las salvaguardias*

Por otra parte, respecto al sistema de apoyo, es aquí donde se encuentra el mayor desafío legislativo, porque implica un cambio de rumbo, reemplazando total o parcialmente el sistema de sustitución (guardas) por uno de asistencia. Este es un sistema que actualmente no contempla el CC, y que se estructura no solo sobre la base del reconocimiento de la capacidad, sino también, a partir de este nuevo estándar que impone el respeto por la voluntad y preferencias. Asimismo, cuando no es posible conocer la voluntad y preferencias, obliga considerar la historia de vida, circunstancias, intereses, etc., lo que el legislador español denominó “trayectoria vital”.<sup>97</sup>

Cabe destacar que, aunque en la Convención se recoge un enfoque de derechos humanos, éste no está del todo desconectado de las exigencias y criterios técnicos del CC,<sup>98</sup> ya que reconoce el vínculo esencial<sup>99</sup> entre el ejercicio de la capacidad y la voluntad, como requisitos de todo acto jurídico. En efecto, porque es la voluntad en este nuevo sistema, la que determinará la configuración del acto y la forma de actuación de quien desempeñe las labores de asistencia.<sup>100</sup> En consecuencia, el nuevo estándar, que reemplaza al interés protegido<sup>101</sup> debe ser considerado por el legislador como elemento definitorio y sustancial en la adaptación normativa.

En el mismo orden de ideas, hay situaciones en que la discapacidad mental

<sup>96</sup> Artículo 246 CC español, artículo 1° Ley 1996 (Colombia), entre otros.

<sup>97</sup> Artículo 249, CC español.

<sup>98</sup> PEREÑA, cit. (n. 48), p. 32.

<sup>99</sup> Tradicionalmente se ha afirmado que el demente es una persona incapaz de consentir. CLARO, cit. (n. 29), *De las Personas V*, p. 145.

<sup>100</sup> PEREÑA, cit. (n. 48), p. 32.

<sup>101</sup> Criterio del sistema de sustitución de la voluntad del CC.

e intelectual de la persona es tan profunda, que la labor de asistencia no alcanza para asegurar el equilibrio entre autonomía y protección, así como el ejercicio de la capacidad jurídica. En efecto, aunque el Comité formula un rechazo a todas las formas de sustitución<sup>102</sup> y dispuso la obligación de los Estados de suprimirlas, tanto en la doctrina comparada<sup>103</sup> como en los ordenamientos que han adaptado sus legislaciones internas,<sup>104</sup> se evidencia en tales casos, que es posible y necesario recurrir a la representación para la realización de uno o más actos.

En estas situaciones, no varía el estándar exigido, por lo que el representante deberá buscar la voluntad y preferencias,<sup>105</sup> en el itinerario de vida de la persona. Esto reafirma la idea que la representación, es una figura que no puede ser descartada *a priori* por el legislador, aún en el diseño de un sistema que se ajuste a los desafíos impuestos por la CDPD.

Estos aspectos referidos al sistema de apoyo, son abordados parcialmente en dos de los proyectos, el primero (Boletín 14783-07) lo incorpora en el Código de Procedimiento Civil, con el procedimiento de interdicción modificado, manteniendo el régimen de sustitución, con una técnica que estimo dificulta la sistematización. El segundo proyecto (Boletín 12441-17) lo agrega al Código Sanitario, lo que parece del todo inadecuado, en especial, porque se trata de un aspecto necesariamente unido a la voluntad como requisito del acto jurídico, por ello, son materias que deben mantenerse dentro del CC. Además, si bien en ambos proyectos se propone la figura del “facilitador”, en el segundo prevalece el nombramiento judicial, en desmedro de las formas voluntarias, que debieran propiciarse según estándares de la Convención. El tercero (Boletín 12612-07) no estructura un sistema de apoyo, sino solo un mecanismo de restricción judicial de la capacidad de adultos mayores, resultando limitado e insuficiente, a la luz de la CDPD.

Por ello, el diseño de un sistema de apoyo debe sustentarse sobre el respeto a la voluntad y preferencias de las personas con discapacidad, haciendo primar las formas voluntarias de apoyo, como mandatos o poderes preventivos, adaptados a las necesidades particulares de la persona y que, en principio, no terminen si

<sup>102</sup> COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD ONU, cit. (n. 25), pp. 1, 3 y 7; TORRES, cit. (n. 3), p. 89.

<sup>103</sup> BARRANCO, CUENCA Y RAMIRO, cit. (n. 22) p. 67; GARCÍA RUBIO, cit. (n. 35), p. 182, entre otros; PEREÑA, cit. (n. 48), p. 10. La representación, se entiende comprendida dentro de las medidas “pertinentes” de apoyo a las que se refiere el artículo 12.

<sup>104</sup> CC español, cit. (n. 69) artículos 249, 285, 287. Ley N° 1996 de 2019 (Colombia) artículo 45. Ley N° 13.146 de 2010 (Brasil) artículos 84 a 87. V. Decreto Legislativo N° 1384 de 2018 (Perú) cit., que modificó el CC, artículo 44; Código Civil y Comercial de la Nación de 2015 (Argentina), artículo 32; la *Assisted Decision Making (Capacity) Act*, de 2015 (Irlanda), disponible en línea: <https://data.oireachtas.ie/ie/oireachtas/act/2015/64/eng/enacted/a6415.pdf> (consultada: 4 de julio de 2022).

<sup>105</sup> Tribunal Supremo de España, sentencia de 8 de septiembre de 2021, cit. (n. 61).



la discapacidad se profundiza. Considerar, en subsidio, la designación judicial de asistencia, guiada por la voluntad y preferencias de la persona. No descartar *a priori* la representación, solo para actos específicos y cuando no sea posible determinar la voluntad y preferencias, pero considerando imperativamente la historia de vida de quien requiere esta forma excepcional de asistencia.

En cuanto a las salvaguardias, ellas obligarán a diseñar un sistema diferente y nuevo, no solo en su terminología, sino con figuras especiales, facultades propias y dotando a las autoridades judiciales o administrativas, de funciones específicas que les permitan asegurar su correcta marcha.<sup>106</sup> En general, en dos de los proyectos (Boletines 12441-17 y 14783-07) se reconoce como salvaguardia el respeto por la voluntad y preferencias y el límite temporal del “facilitador”. Sin embargo, sin establecerlas de forma concreta ni proponer otras medidas de resguardo. En el Boletín 12612-07, no se establecen salvaguardias. Esto permite sostener que las propuestas, presentan importantes vacíos, que se pueden implicar el mantenimiento del régimen sustitutivo, contrario al espíritu de la Convención y las modificaciones proyectadas.

Por tales razones, se estiman como salvaguardias adecuadas establecer la revisión periódica de las medidas; la obligación esencial de rendir cuentas de la persona que asiste; el derecho a ser oído de la persona asistida, en casos que sea pertinente; establecer solemnidades para actos en que se requiera apoyo y algunas adicionales para aquellos de especial relevancia personal o patrimonial, entre otras.

En todo caso, es importante tener en cuenta que la adaptación normativa a la CDPD no se logra solo con la supresión de la expresión demente de las normas del CC o con la supresión o modificación del procedimiento de interdicción. Por lo anterior, en primer lugar, se puede afirmar que un sólido sistema de apoyos deberá considerar no solo las implicancias en la teoría del acto jurídico y del contrato, manteniendo la regla de la presunción de capacidad vigente hoy en nuestro ordenamiento.<sup>107</sup> Asimismo, contener normas específicas que regulen otros estatutos especiales de capacidad del derecho civil, como el testamento, matrimonio o la responsabilidad aquiliana, entre otros. En el caso del testamento y matrimonio, considerando el carácter personalísimo que tienen y lo referido a la capacidad natural para celebrar dichos actos.<sup>108</sup> En la responsabilidad extracontractual, pensar en una regulación que eventualmente se sostenga en una idea objetiva de culpa,<sup>109</sup> y que, para hacerla

<sup>106</sup> CUENCA, cit. (n. 22), p. 75.

<sup>107</sup> No solo contenida en el artículo 1446 del CC, sino también contemplada en el artículo 1005 inciso final, e implícitamente en la Ley N° 19.947 de Matrimonio Civil.

<sup>108</sup> CLARO, cit. (n. 29), *De las personas* V, p. 142. En este tipo de actos, no es posible separar la capacidad de goce de la de ejercicio.

<sup>109</sup> GARCÍA RUBIO, cit. (n. 6), p. 986.

efectiva, se pueda prescindir de criterios como el discernimiento, actualmente exigido.<sup>110</sup>

Finalmente, aunque la existencia de los proyectos de ley, demuestra la voluntad del legislador nacional de adaptar la normativa a la CDPD. Sin embargo, ellos resultan insuficientes para resolver de forma integral y adecuada los desafíos en torno a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, en cuanto a la estructura, la forma de abordar los distintos aspectos y el contenido propuesto en ellos.

#### IV. CONCLUSIONES

1.- El artículo 12 de la CDPD, se estructura sobre tres ejes centrales: el reconocimiento de la personalidad jurídica y capacidad jurídica; la necesidad de adoptar las medidas de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica y las salvaguardias que garanticen el efectivo ejercicio de sus derechos.

2.- La capacidad jurídica, entendida como capacidad de goce y de ejercicio, es un atributo de las personas con discapacidad, quienes no pueden ser privadas de ella como consecuencia de deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales. Sin embargo, la existencia de un concepto único de capacidad, constituye el principal fundamento del modelo social para proscribir cualquier sistema sustitutivo y sus expresiones.

3.- Una consecuencia natural del reconocimiento de la capacidad jurídica, es la fijación de un nuevo estándar de conducta que exige el respeto por su voluntad y preferencias de las personas con discapacidad como criterio esencial. Esta idea debe guiar las actuaciones de quien cumple la función de apoyo, pero también obliga a todos los poderes del Estado a aplicarlo tanto en actividades administrativas, como legislativas y judiciales. Esto demuestra que el modelo de la capacidad jurídica universal y el enfoque de derechos humanos, no permite despojarla de las exigencias técnicas que han sido tradicionalmente desarrolladas en el derecho civil y que la Convención contiene.

4.- La exigencia de este estándar de actuación, permite constatar, que cuando se trata de deficiencias profundas, se debe recurrir a figuras que, a través de la representación, permitan el ejercicio de la capacidad jurídica, tal como se ha hecho en muchos ordenamientos que han adecuado su normativa a la CDPD. Así, en casos excepcionales y específicos, las figuras sustitutivas pueden garantizar este derecho.

<sup>110</sup> BARROS, Enrique, *Tratado de responsabilidad extracontractual*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2010, p. 64. El artículo 2319 del CC, dispone que los dementes no son capaces de delito.

5.- El reconocimiento de la capacidad jurídica y su proyección en un sistema de apoyo es complejo y debe abarcar distintas instituciones troncales del derecho civil. No obstante, este cometido no se satisface con proyectos de ley que contengan el diseño de un sistema que solo les reconozca la capacidad jurídica y no desarrolle de forma integral los conceptos de la Convención. Por último, tales contenidos se deben incorporar al ordenamiento nacional considerando aspectos esenciales del derecho civil, a fin de garantizar a las personas con discapacidad una efectiva autonomía protegida en el ejercicio de sus derechos.

## BIBLIOGRAFÍA CITADA

### a) Doctrina

AGUADO, Antonio, *Historia de las deficiencias*, Escuela Libre Editorial, Madrid, 1995.

ASTORGA, Luis, “Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad: esperanza e instrumento para construir un mundo más accesible e inclusivo”, *Revista CEJIL* 2008, III, N° 4, pp. 131-140.

BARRANCO, María; CUENCA, Patricia; RAMIRO, Miguel, “Capacidad Jurídica y discapacidad: el artículo 12 de la Convención de los Derechos de las personas con discapacidad”, *Anuario de la Facultad de Derecho (Universidad de Alcalá)*, 2012, N° 5, pp. 53-80.

BARROS, Enrique, *Tratado de responsabilidad extracontractual*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2010.

BENAVIDES, Álvaro, “Capacidad jurídica: una reflexión necesaria a la luz de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad”, *Anuario de Derechos Humanos (Universidad de Chile)*, 2015, N° 11, pp. 39-56, en línea: <https://anuariodch.uchile.cl/index.php/ADH/article/view/37487/39165> (Consultada: 15 de mayo de 2022).

BENAVIDES, Álvaro, “Los derechos de las personas con discapacidad intelectual en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos”, en ESPEJO, Nicolás; LATHROP, Fabiola (Coords.), *Discapacidad Intelectual y Derecho*, Legal Publishing Chile, Santiago, 2019, pp. 31-53.

CLARO, Luis, *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1979.

CRISTANCHO, José, “Capacidad jurídica de las personas con discapacidad: ¿derecho fundamental absoluto?”, *Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política*, 2019, N° 10, pp. 31-56.

CUENCA, Patricia, “El sistema de apoyo en la toma de decisiones desde la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad”, *Revista electrónica de la Universidad de La Rioja*, 2012, N° 10, pp. 61-94, en línea: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4104539> (Consultada: 20 de abril de 2022).

CUENCA, Patricia, “Sobre la inclusión de la discapacidad en la teoría de los derechos

humanos”, *Revista de Estudios Políticos (nueva época)*, 2012, N° 158, pp. 103-137.

DE SALAS, Sofía, “Hacia un estatuto de la persona con discapacidad: criterios de valoración”, *Anuario de Derecho Civil*, 2010, N° 32-2, pp. 677-717, en línea: [https://www.boe.es/biblioteca\\_juridica/anuarios\\_derecho/abrir\\_pdf.php?id=ANU-C-2010-20067700717](https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-C-2010-20067700717) (Consultada: 30 de marzo de 2022).

DUCCI, Carlos, *Derecho Civil Parte General*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago 1988, 3ª edición.

DE VERDA Y BEAMONTE, José, “Límites a la voluntad de la persona con discapacidad en orden al establecimiento y ejercicio de las medidas de apoyo”, columna de opinión, Instituto de Derecho Iberoamericano, 3 de mayo de 2022, en línea: <https://idibe.org/tribuna/ntad-la-persona-discapacidad-orden-al-establecimiento-ejercicio-las-medidas-apoyo/> (Consultada: 5 de mayo de 2022).

FERNÁNDEZ DE BUJÁN, Antonio, “Capacidad. Discapacidad. Incapacidad. Incapacitación”, *Revista de Derecho UNED*, 2011, N° 9, pp. 83-92.

GARCÍA PONS, Antonio, “El artículo 12 de la Convención de Nueva York de 2006 sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su impacto en el Derecho Civil de los Estados signatarios: el caso de España”, *Anuario de Derecho Civil*, 2013, N° 66-1, pp. 59-148.

GARCÍA RUBIO, María Paz, “La necesaria y urgente adaptación del Código Civil español al artículo 12 de la Convención de Nueva York sobre los derechos de las personas con discapacidad”, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, 2017, N° 3, pp. 145-191.

GARCÍA RUBIO, María Paz, “La responsabilidad civil de las personas con discapacidad y de quienes les prestan apoyo en el anteproyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo de las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica”, en ATAZ, Joaquín; COBACHO, José (Dirs.), *Cuestiones clásicas y actuales del derecho de daños*, Thomson Reuters, Madrid, 2021, pp. 969-1007.

GUILARTE, Cristina, “Matrimonio y discapacidad”, *Derecho Privado y Constitución (España)*, 2018, N° 32, pp. 55-94, disponible en línea: <https://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/derecho-privado-y-constitucion/numero-32-enerojunio-2018/matrimonio-y-discapacidad> (Consultada: 27 de marzo de 2022).

LARA, Diana, *La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México D.F., 2012, 100 p.

LEÓN, Avelino, *La voluntad y la capacidad en los actos jurídicos*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1991.

MARSHALL, Pablo, “El ejercicio de los derechos fundamentales de las personas con discapacidad mental en Chile: derecho internacional, enfoques teóricos y casos de estudio”, *Revista de Derecho Universidad de Concepción*, 2020, N° 247, pp. 45-81, en línea: <https://www.scielo.cl/pdf/revderudec/v88n247/0718-591X-revderudec-88-247-45.pdf> (Consultada: 30 de marzo de 2022).

MUNAR, Pedro, “La curatela: principal medida de origen judicial para las personas con discapacidad”, *Revista de Derecho Civil (Notarios y Registradores)*, 2018, Vol. V, N° 3, pp. 121-152, en línea: <https://www.nreg.es/ojs/index.php/RDC/article/view/365> (Consultada: 26 de junio de 2022).

OSORIO, Gina, “Capacidad jurídica de las personas con discapacidad: ¿Se ajusta

el proceso de declaración de interdicción a la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad?”, en MORALES, María; MENDOZA, Pamela (Coords.), *Estudios de Derecho Privado. II Jornadas Nacionales de Profesoras de Derecho Privado*, Der Ediciones, Santiago, 2020, pp. 177-191.

PALACIOS, Agustina, *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Grupo Editorial Cinca, Madrid, 2008, 524 p.

PALACIOS, Agustina; BARIFFI, Francisco, *La discapacidad como una cuestión de derechos humanos. Una aproximación a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Ediciones Cinca, Madrid, 2007.

PERENA, Monserrat, “Derechos fundamentales y capacidad jurídica. Claves para una propuesta de reforma legislativa”, *Revista de Derecho Privado (España)*, 2016, N° 4, pp. 3-40.

ROSALES, Pablo, “La nueva Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad”, Suplemento de *Jurisprudencia Argentina*, 2007, N° 4, en línea: <https://www.jussantiago.gov.ar/jusnueva/Normativa/discapacidad/doctrina/convencionddhh.pdf> (Consultada: 30 de marzo de 2022).

SILVA, Paula, *La capacidad jurídica de las personas con discapacidad intelectual. Régimen jurídico chileno y bases para su modificación*, Legal Publishing Chile, Santiago, 2017.

SORGI, Marina, “Capacidad jurídica de las personas con discapacidad en el Código Civil y Comercial”, *Revista Derechos en Acción (UNLP)*, 2017, pp. 1-13, en línea: <https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/article/view/3918> (Consultada: 20 de marzo de 2022).

TORRES, María, *La capacidad jurídica a la luz del artículo 12 de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2020.

VARSÍ, Enrique; TORRES, Marco, “El nuevo tratamiento del régimen de capacidad en el Código Civil Peruano”, *Acta Bioethica*, 2019, N° 25-2, pp. 199-213, en línea: <https://www.scielo.cl/pdf/abioeth/v25n2/1726-569X-abioeth-25-2-00199.pdf> (Consultada: 27 de marzo de 2022).

VODANOVIC, Antonio, *Derecho Civil. Parte preliminar y parte general*, Editorial Conosur Ltda., Santiago, 1991, T II.

## b) Legislación

*Assisted Decision Making (Capacity) Act* de 2015 (Irlanda), disponible en línea: <https://data.oireachtas.ie/ie/oireachtas/act/2015/64/eng/enacted/a6415.pdf> (consultada: 4 de julio de 2022).

Código Civil (Chile)

Código Civil (España)

Código Civil y Comercial de la Nación (Argentina)

Decreto N° 201 de 2008 (Chile), “Promulga la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad y su protocolo facultativo”, disponible en línea: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=278018> (consultado: 20 de marzo de 2022).

Decreto Legislativo N° 1384, de 2018 (Perú), disponible en línea: <https://www.gob.pe/institucion/conadis/noticias/21984-publican-decreto-legislativo-1384-que-reconoce-plena-capacidad-juridica-en-las-personas-con-discapacidad-y-elimina-la-interdicion> (consultado: 5 de julio de 2022).

Ley N° 18.600 de 1987 (Chile), “Establece normas sobre deficientes mentales”. Disponible en: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=29991&idVersion=2018-04-01&idParte=> (consultado: 4 de julio de 2022).

Ley N° 20.422 de 2010 (Chile), “Establece normas sobre igualdad de oportunidades e inclusión social de personas con discapacidad”. Disponible en: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idLey=20422> (consultado: 26 de junio de 2022).

Ley N° 20.609 de 2012 (Chile), “Establece medidas contra la discriminación”. Disponible en: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1042092> (Consultado: 26 de junio de 2022).

Ley N° 20.146 de 2006 (Chile), “Establece reglas especiales para la apelación en causas relativas a la discapacidad”, en línea: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=257180> (Consultado: 26 de junio de 2022).

Ley N° 21.015 de 2017 (Chile), “Incentiva la inclusión de personas con discapacidad en el mundo laboral”, disponible en línea: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1103997&idVersion=2018-04-01&idParte=9805658> (Consultado: 10 de junio de 2022).

Ley N° 21.331 de 2021 (Chile), “Reconocimiento y protección de los derechos de las personas en atención a su salud mental”, disponible en línea: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1159383&idParte=10225522> (Consultado: 10 de julio de 2022).

Ley N° 1996 de 2019 (Colombia)

Ley N° 13.146 de 2010 (Brasil)

Ley N° 8 de 2021 (España)

### c) Jurisprudencia

Corte Interamericana de Derechos Humanos, (CIDH), sentencia de 31 de agosto de 2012, caso *Furlan y Familiares vs. Argentina*, disponible en línea: [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_246\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_246_esp.pdf) (consultada: 11 de julio de 2022).

Tribunal Supremo de España, sentencia de 8 de septiembre de 2021, Rol N° 389/2021, en vlex.es, <https://vlex.es/vid/875733238> (consultada: 12 de julio de 2022).

### d) Otros documentos

ASAMBLEA GENERAL ONU; OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS (Eds.), “Estudio temático preparado por la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos para mejorar el conocimiento y la comprensión de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad”. 12° periodo de sesiones, Consejo de Derechos Humanos, Informe A/HRC/10/48, 26 de enero de 2009, disponible en línea: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G09/104/58/PDF/G0910458.pdf?OpenElement> (Consultado: 28 de marzo de 2022).

CÁMARA DE DIPUTADOS DE CHILE, “Boletín 12441-17. Modifica diversos textos

legales con el objeto de eliminar la discriminación en contra de personas con discapacidad intelectual, cognitiva y psicosocial”, 2019, disponible en línea: <https://www.camara.cl/legislacion/ProyectosDeLey/tramitacion.aspx?prmID=12972&prmBoletin=12441-17> (Consultado: 18 de junio de 2022).

COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD ONU (Eds.), “Informe del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad sobre su primer período de sesiones”, 1º período de sesiones, 8 de octubre de 2009, disponible en línea: [https://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRPD%2FC%2F1%2F2&Lang=es](https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRPD%2FC%2F1%2F2&Lang=es) (Consultado: 15 de abril de 2022).

COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD ONU (Eds.), “Observaciones finales sobre el informe inicial de Chile. Adición: Comentarios recibidos de Chile sobre las observaciones finales”, 1º de julio de 2016, en línea: <http://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=6QkG1d%2FPPrIC AqhKb7yhsrBkvDLHrFFq8wSOe2z9g3hjZkwU1xbU0X83VfBDhw8%2BVIBUwQlwe77CxKPsxbMrbaqhMINJx6jkeDn%2FvtIhzABO1VvYiEc5aE2OnG9z1MjRSvcKHuFAYwTRblEmYoD5LA%3D%3D> (Consultado: 5 de julio de 2022).

COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD ONU (Eds.), “Observación general N° 1 (2014). Artículo 12”, 11º período de sesiones, 19 de mayo de 2014, en línea: <http://www.convenciondiscapacidad.es/wp-content/uploads/2019/01/Observación-1-Art%C3%ADculo-12-Capacidad-jur%C3%ADdica.pdf> (Consultado: 10 de junio de 2022).

OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS (Eds.), “Normas uniformes sobre la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad”, 1993, disponible en línea: <https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/PersonsWithDisabilities.aspx> (Consultado: 22 de marzo de 2022).

OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS (Eds.), “Background conference document prepared by the Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights. Legal capacity”, 2005, en línea: <https://www.un.org/esa/socdev/enable/rights/ahc6documents.htm> (Consultado: 13 de julio de 2022).

SENADO DE CHILE, “Boletín 12612-07. Proyecto de ley que restringe gradualmente la capacidad de ejercicio de los adultos mayores con deterioro cognitivo”, 2019, disponible en línea: [https://www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php?boletin\\_ini=12612-07](https://www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php?boletin_ini=12612-07) (Consultado: 18 de junio de 2022).

SENADO DE CHILE, “Boletín 14783-07. Crea un Estatuto de Facilitadores y Asistentes, establece un nuevo procedimiento de interdicción de las personas dementes, y modifica el Código Civil y otros cuerpos legales que indica”, 2022, disponible en línea: <https://www.camara.cl/legislacion/ProyectosDeLey/tramitacion.aspx?prmID=15273&prmBOLETIN=14783-07> (Consultado: 18 de junio de 2022).