



TESINA DE LA ESCUELA DE DERECHO

**INCAPACIDAD JURÍDICA Y DISCAPACIDADES PSICOSOCIALES: UNA MIRADA
CRÍTICA AL SISTEMA CIVIL CHILENO A PARTIR DE LA LEGISLACIÓN CIVIL
ESPAÑOLA**

POR:

Camila Asencio Agüero

Catalina Tapia Zapata

PROFESORA GUÍA: Dra. Rommy Álvarez Escudero

Diciembre, 2023

TABLA DE CONTENIDOS

RESUMEN	3
CAPÍTULO I: CONSIDERACIONES PRELIMINARES	3
1. Concepto de discapacidad psicosocial.....	5
CAPÍTULO II: TRATAMIENTO DE LA DISCAPACIDAD PSICOSOCIAL EN CHILE ...6	
1. La capacidad en el Código Civil Chileno.....	6
2. Sistema de interdicción y observaciones.....	9
3. Decisiones judiciales en torno a la discapacidad psicosocial.....	13
CAPÍTULO III: REVISIÓN DEL SISTEMA ESPAÑOL	18
1. Capacidad jurídica en la legislación española.....	19
2. Sistemas de medidas de apoyo.....	20
2.1. Medidas de apoyo voluntarias.....	22
2.2. Medidas de apoyo informales o no formalizadas: la figura del guardador de hecho.....	24
2.3. Medidas de apoyo formales de naturaleza judicial: el defensor judicial y la figura de la curatela representativa.....	26
3. Salvaguardias.....	28
4. Análisis de jurisprudencia del Tribunal Supremo Español.....	29
CAPÍTULO IV: CONSIDERACIONES FINALES	37
BIBLIOGRAFÍA	39

TABLA DE ABREVIATURAS

1. CCCh	Código Civil Chileno
2. CPC	Código de Procedimiento Civil
3. CDPD	Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad
4. CIADDIS	Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad
5. RND	Registro Nacional de Discapacidad
6. CCE	Código Civil Español

RESUMEN

El tratamiento de la capacidad jurídica en la legislación chilena precisa de una reforma, pues actualmente la declaración de incapacidad absoluta por “demencia” y la subsecuente declaración de interdicción, suponen la sustitución de la voluntad de la persona con discapacidad psicosocial, lo que es incoherente con la CDPD, que comprende estas discapacidades desde una perspectiva de derechos humanos. Si bien fue ratificada por Chile en el año 2008, la legislación interna continúa sin adecuarse a la normativa internacional, lo que genera una dicotomía que se manifiesta en decisiones judiciales de tribunales chilenos. En ese sentido, resulta de interés analizar otros sistemas, en concreto, el sistema español, pues al igual que Chile, España se rige por el sistema continental, y en consecuencia, su sistema de capacidad jurídica era muy similar al que actualmente está vigente en Chile. Ello hasta que se dictó la ley que reforma, entre otros, el Código Civil español, con el fin de adecuar la legislación civil a los estándares exigidos por la Convención, estableciendo medidas de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, por lo que se configura como un modelo a seguir para nuestro país.

Palabras clave: Discapacidad psicosocial; capacidad jurídica; demente; interdicción; legislación chilena; legislación española; sistema de apoyos.

I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

La Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (en adelante, CDPD), adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en New York, el 13 de diciembre de 2006, fue ratificada por Chile el 29 de julio del año 2008¹, trajo consigo un cambio de paradigma en el reconocimiento de los derechos esenciales de las personas con discapacidad que se encuentran en una situación especial de vulnerabilidad en relación con el resto de los individuos.

Dentro de este grupo de personas con discapacidad, se encuentran aquellas cuya situación es a veces imperceptible y no se trata de discapacidades físicas. Este tipo de discapacidades le daremos el tratamiento de personas en situación de “discapacidad psicosocial”, concepto que engloba tanto a las discapacidades intelectuales, cognitivas y psicosociales, y en las que centramos el análisis en la presente investigación.

En ese sentido, en el tratamiento dado por la Convención es posible observar un nuevo enfoque a las discapacidades, a saber, un modelo social (Palacios, 2017, p.15) en el que las personas con discapacidades son dignas por el solo hecho de ser personas, y por tanto, lo que pueden aportar a la sociedad “se encuentra íntimamente relacionado con la inclusión y la aceptación de la diferencia”(Palacios, 2008, p.104). En consecuencia, a las personas que se encuentran en esta situación se les da un reconocimiento como sujetos de derecho, considerando que ellas tienen igual capacidad que el resto de las personas, en base a principios fundamentales como la igualdad y dignidad humana.

Sin embargo, cabe dar cuenta que esta nueva perspectiva respecto de las discapacidades psicosociales, no es concordante con el resto del ordenamiento jurídico chileno, lo cual se vuelve más patente en la legislación civil y la regulación en materia de capacidad.

¹ Ratificada por Chile por Decreto 201 del Ministerio de Relaciones Exteriores, publicado en el Diario Oficial el día 17 de septiembre del año 2008.

En la normativa decimonónica contenida en el Código Civil chileno respecto de la capacidad jurídica, este sigue un enfoque médico rehabilitador, basado y creado en torno a la concepción de las personas “sanas” en donde no se trata con profundidad y con el grado de especificación que corresponde a temas relacionados con las discapacidades psicosociales.

Especialmente, tratándose de aquellos preceptos relativos a la capacidad jurídica, pues en ellos no sólo se mantienen conceptos discriminatorios como “la demencia”² y “locura furiosa”³, sino que en general, supone una regulación sumamente criticable a la luz de este nuevo paradigma, pues tiene como eje central la inhabilitación como forma de protección del individuo, al cual se le es considerado como incapaz absoluto imposibilitado de participar en la vida jurídica por sí mismo, todo con el propósito de no solo evitar la comisión de errores, sino que también resguardar al sujeto de eventuales abusos por parte de terceros, en consideración a su supuesta falta de discernimiento.

En atención a lo anterior, es posible evidenciar la necesidad de avanzar en el tratamiento de la capacidad jurídica, de forma de transitar, desde un enfoque médico rehabilitador a un enfoque social con perspectiva de derechos humanos, que se concretiza en la implementación de medidas de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica. Ello busca respetar la voluntad de quienes, por diversos trastornos psicológicos y de salud mental, no pueden expresarla de manera satisfactoria para el estándar exigido actualmente en la legislación chilena.

A este respecto, el rol de los tribunales chilenos en la materia ha sido crucial, pues se ha observado un progreso en el sentido de obtener una solución a la luz de la Convención que sitúa a las personas con discapacidad psicosocial en el centro, aplicando el modelo social de capacidad, lo que supone estimar a la capacidad como un atributo de toda persona con independencia de la condición en la que se encuentre, y no solo considerar como objetos de protección a aquellos sujetos con alguna discapacidad psicosocial.

Sin perjuicio de ello, surgen dos problemas fundamentales. En primer lugar, no en todos los casos se judicializa el conflicto, ya que solo las personas con posibilidad de acceso a la justicia podrán obtener una solución jurídica con el enfoque de la Convención. Relacionado con lo anterior, el acceso a la justicia no garantiza decisiones uniformes de los tribunales frente a un mismo asunto, generando incerteza jurídica al obtener soluciones disímiles.

En ese sentido, se hace necesario una normativa a nivel general en el ámbito civil, armonizada a la luz de parámetros internacionales que tengan por objeto reconocer, primero que nada, la capacidad universal de las personas (eliminando categorías de capacidad de goce y ejercicio), y sobre esta base, entender que algunas personas tienen ciertos impedimentos para ejercer su capacidad civil, por lo que es fundamental establecer los apoyos y salvaguardas para que éstas puedan actuar en la vida jurídica, además de directrices y criterios con el objeto de orientar los posibles apoyos, de modo de hacerlos aplicables al caso concreto.

En atención a lo mencionado, se hace menester analizar los sistemas civiles de otros países que comparten tradición jurídica con Chile, especialmente España, ordenamiento jurídico que se rige por el sistema continental, y cuya legislación civil ha sido recientemente modificada para hacerla concordante con este nuevo paradigma de las discapacidades psicosociales.

² Artículos 191, 223, 267,342, 355, 456, 458, 460, 461, 510, 968, 1005, 1012, 1208, 1586 y 1749 CCCh.

³ Artículo 459 CCCh.

Hasta hace un par de años, antes de la modificación de la legislación española con la ley 8/2021 que entró en vigencia con fecha 3 de septiembre de año 2021, la situación era idéntica a la que se encuentra actualmente en nuestro país, a saber, un contexto en el que, si bien fue ratificada la CDPD, mantenía una regulación interna en materia de capacidad jurídica con una perspectiva médico rehabilitadora, por lo que los jueces aplicaban los principios establecidos por la CDPD, a pesar de que la solución que contemplada el ordenamiento era una diferente.

Así las cosas, el sistema civil y procesal español fue reformado, significando un hito en el reconocimiento de las obligaciones impuestas por la CDPD, puesto que reconoció la primacía de la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad psicosocial, en el ejercicio de la su capacidad jurídica, para lo cual se establecieron diferentes medidas de apoyo por el legislador, que son ampliamente adaptables al caso concreto, siendo aquellas medidas voluntarias las que tienen mayor preponderancia en el nuevo sistema, relegando a situaciones sumamente excepcionales la posibilidad de someter a un individuo a representación. Esto último ya que los medios basados en la representación, como la curaduría general, se fundan en la sustitución de la voluntad de la persona con discapacidad psicosocial, por lo que el sistema chileno tiene como desafío avanzar por un camino similar al español, con el fin de adaptar la normativa interna relativa a la capacidad jurídica a un enfoque de derechos humanos y a los estándares establecidos por la CDPD.

1. Concepto de discapacidad psicosocial

En la actualidad es posible advertir distintos tipos de discapacidades, distinguiendo primordialmente entre físicas e intelectuales. Tratándose de aquellas que afectan el área psíquica e intelectual de las personas, se pueden advertir tres categorías distintas, que han sido utilizadas por la doctrina, a saber, las discapacidades intelectuales, cognitivas y psicosociales.

Respecto de las discapacidades intelectuales o mentales pueden ser entendidas como aquellas en que la persona que la padece posee “más dificultad que la mayoría de las personas con su funcionamiento intelectual y adaptativo, debido a una condición de largo plazo que está presente en el nacimiento o antes de la edad de dieciocho años⁴” (Bach y Kerzner, 2010, pp. 14-15). Asimismo, el Observatorio de Derechos Humanos de las Personas con Discapacidad mental (2014), a partir de la CDPD, define discapacidad intelectual como “la resultante de la interacción entre algunas condiciones psíquicas y/o intelectuales de largo plazo que pueden presentar las personas, y las barreras del entorno, tales como formas de exclusión social, carencias de apoyo y actitudes estigmatizadoras, que limitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás” (p.14).

Por otro lado, las discapacidades cognitivas se entienden relacionadas de manera parcial con la discapacidad intelectual, sin embargo, “se trata de un conjunto de condiciones que afectan el desarrollo y adaptación social de algunas personas. Está asociada a una condición que, generalmente, surge después de los 18 años” (Lathrop, Espejo, 2019) que surgen como resultado de alguna lesión o daño cerebral previo, incluyendo también a aquellas personas con disminución cognitiva producto de la edad.

⁴ Corresponde a una traducción libre de las autoras, la que en idioma original, expresa lo siguiente: “intellectual disability generally means having greater difficulty than most people with intellectual and adaptive functioning due to a long-term condition that is present at birth or before the age of eighteen.”

Finalmente, la discapacidad psicosocial, que en estricto sentido se relaciona con aquellas personas que “experimentan problemas de salud mental y/o que se identifican como ‘usuarios de la salud mental’, ‘sobrevivientes psiquiátricos’ o ‘locos’⁵” (Bach y Kerzner, 2010, pp.14-15). Son también definidas en nuestro ordenamiento jurídico como aquellas personas que “padecen trastornos en el comportamiento adaptativo, previsiblemente permanentes, derivada de una enfermedad psíquica”⁶, y también como “a toda aquella que, como consecuencia de una o más limitaciones psíquicas, congénitas o adquiridas, previsiblemente de carácter permanente y con independencia de la causa que las hubiera originado, vea obstaculizada, en a lo menos un tercio, su capacidad educativa, laboral o de integración social”⁷.

Ahora bien, es posible afirmar que el concepto de discapacidad psicosocial es más amplio y no excluyente, y que por consiguiente engloba tanto a las discapacidades intelectuales como a las cognitivas. Ello debido a que dicho término descarta la noción de que la discapacidad es inherente a la persona, instaurando la idea de que comprende factores relacionados con el entorno social del sujeto, puesto que, reconoce la existencia de barreras y obstáculos impuestos por la sociedad, provocando situaciones de desprotección, discriminación, que en definitiva, les impide el ejercicio de los derechos. Es por esta razón que “muchas personas con discapacidad intelectual o cognitiva, así como adultos mayores también se identifican o son identificados como portadores de discapacidades psicosociales”⁸ (Bach y Kerzner, 2010, pp. 14-15). En ese sentido, el concepto de discapacidad psicosocial reconoce que las personas que la padecen tienen como “principal obstáculo para el ejercicio de sus derechos y de su plena inclusión social no [...] la discapacidad en sí, sino los límites que las diferentes culturas y sociedades imponen a la conducta y comportamiento humanos, así como por el estigma social y las consecuentes actitudes y prácticas discriminatorias de que han sido y continúan siendo objeto” (Hernández, 2010, p.14).

II. TRATAMIENTO DE LA DISCAPACIDAD PSICOSOCIAL EN CHILE

1. La capacidad en Código Civil chileno

En materia civil, la voluntad es un requisito de existencia de los actos jurídicos, siendo a su vez necesario, según lo establece el artículo 1445 CCCh, que cumpla con ciertos requisitos para que produzca efectos jurídicos, entre los que se encuentran que ésta sea seria y a su vez manifestada. A este respecto, para considerar la seriedad en la voluntad, es necesario que haya sido emitida por una persona que goza de capacidad legal y que esta tenga la intención de obligarse; de esto se desprende que “para que un sujeto se obligue a otra por cualquier acto que genere obligaciones [...] se requiere de: capacidad legal, voluntad exenta de vicios, objeto y causa lícita” (Jarufe, 2022, p. 15).

Así, un requisito de validez de los actos jurídicos es la capacidad, la cual en términos doctrinales presenta dos dimensiones, la capacidad de goce y la capacidad de ejercicio. Respecto de la capacidad de goce, ha sido definida ampliamente por la doctrina como un atributo de la personalidad que consiste

⁵ Corresponde a una traducción libre de las autoras, la que en idioma original, expresa lo siguiente: “People with psychosocial disabilities are those who experience mental health issues, and/or who identify as ‘mental health consumers’, ‘psychiatric survivors,’ or ‘mad.’”

⁶ Artículo 9 letra c n°1, Decreto n°47 del Ministerio de Salud, establece reglamento para la calificación y certificado de la discapacidad, de fecha 16 de octubre del año 2013.

⁷ Artículo 2, Ley N°18.600

⁸ “Many people with intellectual or cognitive disabilities, as well as older adults also identify or are identified as having psychosocial disabilities”

en la aptitud legal para ser titular de derechos; mientras que se conceptualiza a la capacidad de ejercicio como la aptitud de una persona para poder ejercer esos derechos y así contraer obligaciones sin la representación o autorización de otra⁹, lo cual por lo demás está establecido en nuestro Código Civil (en adelante, CCCh) en el artículo 1445 inciso final.

Teniendo en cuenta ello, es posible afirmar que “la capacidad de ejercicio de los derechos civiles supone necesariamente capacidad de goce, puesto que para poder ejercitar un derecho y disponer de él, es necesario poder llegar a ser el sujeto activo o titular del derecho” (Claro Solar, 1937, p.23). Con todo “la capacidad de goce puede concebirse sin la capacidad de ejercicio, porque el titular de un derecho puede ser, según los casos, capaz o incapaz para hacerlo valer por sí mismo” (Vodanovic, 2001, p.112). Por consiguiente, pueden existir casos en que una persona como titular de derechos no es capaz de ejercerlos, que serían aquellos que la ley denomina incapaces.

De este modo, según el artículo 1446 CCCh la regla general en nuestro ordenamiento es la capacidad, pues se establece que toda persona es legalmente capaz, excepto aquellas que la ley declara incapaces, las que se indican en el artículo 1447 CCCh, precepto que distingue entre incapaces relativos y absolutos.

Ahora bien, en estos casos, tratándose de las incapacidades absolutas, en lo que enfocamos nuestro análisis es específicamente en la incapacidad absoluta por demencia, que es a la que se asocian las discapacidades psicosociales, comprendiendo así todas aquellas discapacidades mentales, cognitivas e intelectuales. Lo anterior se basa en que las “prácticas judiciales como forenses dan cuenta de una equiparación entre la discapacidad intelectual con la demencia [...] se consideraría a las personas con discapacidad intelectual como ‘dementes’ o ‘locas’ en términos jurídicos, con la consecuente calificación de incapacidad jurídica absoluta” (Lathrop, 2022, p.236).

La demencia, como causal de incapacidad absoluta no encuentra definición legal en el CCCh, aunque sí se hacen referencias a ésta en distintos preceptos de este, como el ya mencionado artículo 1447, el cual a su vez se relaciona con el Título XXV del Libro I sobre “Reglas especiales relativas a la curaduría del demente” en el que encontramos el artículo 465, referente a la interdicción de los dementes, lo que será tratado más adelante. Asimismo, el artículo 467 hace referencia a la suspensión de la patria potestad por la demencia del padre o madre que la ejerce; el artículo 723 en su inciso segundo establece que los dementes son incapaces de adquirir por su voluntad la posesión, sea para sí mismo o para otros; el artículo 1005 n°3 y 1012, que prescribe que el que se hallare en interdicción por causa de demencia es inhábil para testar y para ser testigo del testamento solemne, respectivamente.

Debido a lo anterior, ha sido labor de la doctrina identificar aquello a lo que se refería el legislador civil. En ese contexto, la demencia se ha entendido como aquel estado en que una persona está con sus facultades mentales perturbadas (Ducci, 2005, p.283), por lo que una persona demente sería aquella que está privada de razón. La expresión demente ha sido definida también por Claro Solar (1937) como “toda persona que por el trastorno de sus facultades mentales o la privación constante o momentánea de su razón se halla impedida de tener la libre voluntad de obligarse, no discierne, ni puede asumir la responsabilidad de sus actos” (p.27).

⁹ Véase en: Ducci, C. (2005). *Derecho civil. Parte general*. Editorial jurídica de Chile, p. 280-282; Figueroa Yañez, G (2012). *Curso de derecho civil. Tomo II*. Editorial Jurídica de Chile, p. 105-106.

Asimismo, Alessandri (2010) define demente como “aquella persona que está con sus facultades mentales alteradas, que padece de una enfermedad mental, cualquiera que sea su denominación técnica o sus características patológicas” (pp.431-432), por lo que comúnmente se asocia a las discapacidades intelectuales y psicosociales.

En estricto rigor “el legislador considera que aquellas personas denominadas incapaces absolutos, no tienen el discernimiento que se requiere para actuar en la vida jurídica” (Jarufe, 2022, p.16) por lo cual se ha entendido que por razones de equivalencia de los presupuestos fácticos –a saber, la falta de capacidad– entre los denominados “dementes” y los menores de edad es que se puede considerar que “ el denominado ‘demente’ se equipara a un menor de 12 o 14 años según sea mujer u hombre, respectivamente, y que, es tal su falta de discernimiento que de ninguna manera pueden actuar por sí solos” (Jarufe, 2022, p.16-17).

Es por lo anterior que, la expresión a la que alude nuestro Código decimonónico no está exenta de críticas, especialmente por dos razones: por un lado, es un término muy ambiguo, ya que el CCCh no lo definió, por lo que su conceptualización fue efectuada más bien por la doctrina, aunque era posible encontrar una definición en el antiguo Código Sanitario en su artículo 172 inciso segundo, el cual establecía que la persona demente era aquella que:

Tiene manifestaciones de una enfermedad o defecto cerebral caracterizado por un estado patológico desordenado, funcional u orgánico, más o menos permanente de la personalidad, y por la perversión, impedimento o función desordenada de las facultades sensoriales o intelectuales, o por el menoscabo o desorden de la volición (Ducci, 2005, p. 283).

Del mismo modo, desde hace ya varios años que, con el avance de las ciencias, la neurología y la psicología, ámbitos desde los cuales se ha identificado la existencia de variados trastornos con características diferenciadas y manifestaciones diversas en cada individuo, el tema se comenzó a analizar desde una perspectiva de derechos humanos, por lo que en la actualidad es posible identificar que el término “demencia” presenta una connotación negativa y discriminatoria por ser “lesivas de la dignidad humana” (Lathrop, 2019, p.123).

El término “demencia” es insuficiente hoy en día, sobre todo por las consecuencias que tiene a nivel civil que una persona sea considerada como demente, teniendo en cuenta que un demente al ser incapaz absoluto, requiere de representación para actuar en la vida del derecho, siendo nulos todos aquellos actos que ejecute por sí misma, a pesar de que la interdicción no haya sido declarada, según el artículo 465 CCCh.

Así, las observaciones a la noción de demencia han permeado de alguna manera en nuestro ordenamiento jurídico, señalando a modo ejemplar la ley 21.331 del reconocimiento y protección de los derechos de las personas en la atención de salud mental del año 2021 y en el Decreto 570 del Ministerio de Salud del año 2000 que aprueba reglamento para la internación de las personas con enfermedades mentales y sobre los establecimientos que la proporcionan, que definen a la enfermedad o trastorno mental como una condición mórbida que sobreviene en una determinada persona, afectando en intensidades variables, el funcionamiento de la mente, el organismo, la personalidad y la interacción social, en forma transitoria o permanente. La mencionada ley, define además a la persona con discapacidad psíquica o intelectual como aquella que, teniendo una o más deficiencias, sea por causas psíquicas o intelectuales, de carácter temporal o permanente, al interactuar con diversas barreras

presentes en el entorno, ve impedida o restringida su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás.

No obstante, no se encuentra un reflejo de ello en la legislación civil, por lo que el término “demente” que utiliza nuestro Código Civil es comúnmente asociado a las discapacidades psicosociales o intelectuales, aun cuando el 2008 el Estado de Chile ratificó la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (en adelante, CDPD), en virtud de la cual nuestro país se obligó a adaptar su normativa interna a los estándares internacionales fijados por dicho tratado.

2. Sistema de interdicción y observaciones

La normativa general contenida en el Código Civil chileno comprende aquellas normas relativas a la capacidad jurídica y aquellas que regulan las curadurías y el sistema de interdicción, formando un sistema de normas que deben ser interpretadas en armonía, las cuales analizamos en este acápite.

En este marco, el ya mencionado artículo 1447 CCCh establece que los dementes son incapaces absolutos, lo que tiene como consecuencia que sus actos no producen ni aun obligaciones naturales y no admiten caución. A partir de lo anterior, y a la luz del artículo 1682 CCCh, es posible concluir que los actos celebrados por el demente son nulos absolutamente, nulidad que, de conformidad al artículo siguiente, puede y debe ser declarada por el juez, cuando aparece de manifiesto en el acto, o puede alegarse y probarse en juicio por todo quien tenga interés en ello. Así, a partir de estas normas, y en armonía con los artículos 456 y 465 CCCh, es dable afirmar que, para que un “demente” actúe en la vida del Derecho, requiere de un representante, o más concretamente, de un curador, quien no sólo ejecutará actos jurídicos a nombre del incapaz para que estos tengan validez, sino que también administrará sus bienes. Es más, el artículo 342 CCCh establece que quienes han sido puestos en entredicho de administrar sus bienes por demencia, están sujetos a curaduría general.

A este respecto, el Código Civil contiene una serie de normas que regulan uno de los procedimientos que contempla nuestro ordenamiento jurídico para la declaración judicial de interdicción por demencia de una persona, y que, en consecuencia, se nombre a un curador o representante que celebrará los actos jurídicos en su representación y que detendrá la administración de sus bienes, sometiéndose el representado a un régimen de sustitución total de su voluntad.

Por consiguiente, para que se declare la interdicción es necesario que el individuo sea demente, pero además es posible identificar dos requisitos para que proceda la interdicción: “1) que se trate de un adulto, o sea, de un varón mayor de 14 años y de una mujer mayor de 12, pues los impúberes están sujetos siempre a tutela, y 2) que la demencia sea permanente” (López, C. 2005, p.211).

Respecto al primer requisito, cabe destacar que se discute en doctrina si basta con que el sujeto “demente” sea un menor adulto o si es necesario que haya alcanzado la mayoría de edad para la declaración de interdicción, frente a lo cual, es menester optar por la segunda alternativa en atención a los efectos que tiene la declaración de interdicción, pues los actos ejecutados por el “demente” sin mediar representación serán nulos absolutamente. En consecuencia, considerar que el sujeto demente debe ser mayor de edad para que se declare la interdicción es una postura “más garantista de los derechos de menores de edad –que requieren protección reforzada por parte del Estado– en cuanto

interpreta las normas permitiendo al menos retardar el cercenamiento de tales derechos por medio de la interdicción” (Lathrop, 2019, p.122).

En cuanto a las normas que fundamentan lo anterior, es posible mencionar, en primer lugar, el artículo 457, en virtud del cual se establece una especie de interdicción de pleno derecho, puesto que en el caso de un menor adulto demente aún sujeto a patria potestad, quien detenta esta última podrá seguir administrando sus bienes, sin necesidad de que se acredite la condición de demencia, hasta que cumpla la mayoría de edad, momento en el cual deberá provocar el juicio de interdicción. Asimismo, el artículo 458 contempla la misma figura en el caso en que no exista quien ejerza la patria potestad, pero sí un tutor del impúber demente, ya que después de que su pupilo llegue a la mayoría de edad, también se requiere de declaración judicial de interdicción para seguir ejerciendo la curaduría (Lathrop, 2019, pp.121-122).

Tratándose del segundo requisito, cabe hacer mención al artículo 456 CCCh, el cual hace referencia a la expresión “habitual”, lo que supone una permanencia del estado de demencia, aun cuando el sujeto tenga intervalos lúcidos. Ello se puede asociar incluso al ya mencionado artículo 465 CCCh, en virtud del cual los actos ejecutados por el demente son nulos, aunque se alegue haberse ejecutado o celebrado en un intervalo lúcido.

Acerca de los procedimientos para la declaración de interdicción de un “demente”, nuestro ordenamiento jurídico contempla dos, el ya mencionado de carácter contencioso regulado por el CCCh y el CPC; y otro procedimiento de carácter voluntario, contemplado en la ley N° 18.600 que establece normas sobre deficientes mentales, aunque es posible afirmar que esta última también contempla un procedimiento administrativo para la declaración de interdicción (Lathrop, 2019, p.123). Con todo, cualquiera sea el procedimiento que se siga, el efecto será el mismo, por consiguiente, una vez que se dicte la resolución judicial que declare la interdicción, la persona será sometida a un régimen de interdicción, lo cual tiene como consecuencia que los actos que celebra por sí misma son nulos de nulidad absoluta, es más, cabe afirmar 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” (Benavides, 2015, p.46)

En ese contexto, es relevante puntualizar la normativa contenida en la ley N°18.600 del año 1987, puesto que ha sufrido una serie de modificaciones a lo largo de los años, siendo las más relevantes la ley N°19.735 del año 2001 y la ley N°19.954 del año 2004.

Es necesario referirnos, en primer lugar a la modificación de la ley N°19.954, pues incorporó el segundo inciso del artículo 4 de la mencionada ley N°18.600 modificando así el procedimiento de carácter contencioso ya existente, pasando a ser un procedimiento de carácter voluntario mucho menos engorroso, en el que cuando la discapacidad mental de una persona conste en certificación vigente emitida por la Comisión de Medicina Preventiva e Invalidez (COMPIN) y este certificado se encuentre inscrito en el Registro Nacional de Discapacidad (en adelante, RND), el padre o madre podrá solicitar al juez que declare la interdicción definitiva por demencia y nombre curador definitivo al padre o madre, o ambos, e incluso, en ausencia o impedimento de ellos, el pariente más cercano puede proceder de la misma manera.

Tratándose de la ley N°19.735, entre otras modificaciones, incorporó el artículo 18 bis a la ley N°18.600, que contempla una curaduría provisoria por el solo ministerio de la ley a aquellas personas que se encuentren inscritas en el RND, y que tengan a su cargo personas con discapacidad mental, por

lo que en realidad se trata de una curaduría que se establece conforme a un procedimiento administrativo.

No obstante que el espíritu de estas modificaciones era enmendar el procedimiento contencioso de declaración de interdicción agilizando los trámites que se deben realizar y brindar protección a las personas con alguna discapacidad intelectual o psicosocial, es posible cuestionar si se cumple con ese objetivo o si, en definitiva, se perpetúa el paradigma consistente en el modelo de sustitución de la voluntad.

Un ejemplo de lo anterior es que, a diferencia del procedimiento contencioso regulado por el Código de Procedimiento Civil, el procedimiento voluntario contemplado por la ley N° 18.600 restringe la titularidad activa para solicitar la interdicción, puesto que excluye a los cónyuges y sobre todo, ya no contempla la posibilidad de que cualquier persona del pueblo provoque la interdicción (Lathrop, 2019, pp.123-124).

Sin embargo, en la práctica jurídica es posible identificar que, en alguna medida, se ha perpetuado el paradigma de sustitución de la voluntad que caracteriza la declaración de interdicción y nombramiento de curador. Una manifestación de ello es que si bien el procedimiento voluntario de la mencionada ley por un lado restringe la titularidad activa, también la amplía, puesto que no limita el grado de parentesco de quien provoca la interdicción respecto del individuo con alguna discapacidad psicosocial, estableciéndose como único requisito que sea el pariente más cercano, cualquier sea este. Ello tiene una connotación negativa desde la perspectiva de los efectos de la declaración de interdicción, puesto que a la luz del artículo 390 CCCh, una vez que ello sucede respecto de una persona con discapacidad psicosocial o intelectual, el curador general deberá representarla en todos los actos judiciales y extrajudiciales que le concierne, y puedan menoscabar sus derechos o imponer obligaciones.

Así, en causa N° 104660-2020, la cuarta sala de la Corte Suprema, con fecha 1 de marzo del año 2022, decidió acoger un recurso de casación en el fondo en contra de una sentencia de primera instancia, reconociendo la legitimidad activa de una conviviente civil para solicitar la declaración de interdicción en virtud del art.4 de la ley N°18.600, el cual alude a la posibilidad de que los parientes más cercanos también pueden solicitar la interdicción, en virtud de lo cual, y en armonía con normas del CCCh, de la ley N°20.830 y otras normas pertinentes, la Corte consideró que la conviviente civil tiene precisamente la calidad de pariente, y en consecuencia, podría solicitar que se declare la interdicción¹⁰. A partir de lo anterior cabe preguntarse si es efectivamente beneficioso para la persona respecto de quien se declara la interdicción que esta sea solicitada por cualquier pariente cercano, sobre todo por el efecto de sustitución de la voluntad que tiene la declaración de interdicción y el consecuente nombramiento de curador, cuando en realidad deberíamos entender que “si bien la persona tiene mayores desafíos para poder expresar sus decisiones, mediante los apoyos adecuados podrá seguramente comunicar su voluntad” (Benavides, 2015, p.46).

Respecto del procedimiento voluntario contemplado en el art.4 inc.2 de la ley 18.600, es posible identificar algunas excepciones al modelo de sustitución de la voluntad, pues para ciertos actos, se les reconoce ciertas facultades a las personas con alguna discapacidad intelectual o psicosocial, ya que hace aplicables los artículos 440 y 453 del CCCh. En ese contexto, se le puede confiar al pupilo la administración de alguna parte de su patrimonio, debiendo fijar el juez una suma de dinero de libre

¹⁰ Corte Suprema, 1.03.2022, Causa N° 104660-2020

disposición para el pupilo, además de que el inciso segundo del artículo 4 permite suscribir contratos de trabajo con autorización del guardador (Lathrop, 2019, p.126).

No obstante, es dable afirmar que estos intentos de perfeccionar el sistema resultan insuficientes a la luz de la CDPD, puesto que en lugar de plasmar un modelo de apoyo en la toma de decisiones de las personas con discapacidades psicosociales, perpetúa el modelo médico-rehabilitador basado en la sustitución de la voluntad que tampoco distingue entre las diferentes discapacidades psicosociales, por lo que “se sigue manteniendo una discriminación por motivos de discapacidad, que limitan la participación de aquellas por sus rasgos individuales” (Benavides, 2015, p.44).

Es más, el ya mencionado artículo 18 bis, considera la posibilidad de que si una persona se encuentra inscrita en el RND y tiene a su cargo personas con alguna discapacidad intelectual o psicosocial, se establecerá la curaduría provisorio de sus bienes a la persona inscrita, por el solo ministerio de la ley. Además, según el inciso quinto del mencionado artículo establece que para ejercer esta curaduría no será necesario el discernimiento, ni rendir fianza, ni hacer inventario. En definitiva, libera al curador de efectuar de ciertas diligencias y formalidades que deben proceder al ejercicio de la curaduría¹¹.

Lo sumamente criticable de esta curaduría “provisoria”, es que el inciso cuarto del artículo prescribe que ésta durará mientras las personas con alguna discapacidad intelectual o psicosocial permanezcan bajo la dependencia y cuidado de las personas inscritas en el RND y no se les designe curador de conformidad a las normas del CCCh, por lo que en estricto rigor la curaduría es de “duración indefinida y potencialmente permanente, ya que no establece una revisión obligatoria de tal calidad de dependencia y cuidado” (Lathrop, 2019, p.130). Asimismo, es necesario cuestionar el hecho de que por medio de un mecanismo administrativo se limite el actuar de una persona *ipso iure*, sin mediar juez que controle la legalidad y la razonabilidad de la medida (Lathrop, 2019, p.130).

Teniendo en cuenta lo precedente, el efecto más robusto de la declaración de interdicción de una persona con discapacidad psicosocial es que, precisamente, al nombrarse un curador que celebrará actos a su nombre, se sustituirá su voluntad, lo cual tiene como consecuencia directa la restricción de su libertad. Por consiguiente, es dable sostener que “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” (Benavides, 2015, p.42).

De hecho, los procedimientos de interdicción ya revisados centran su regulación en la “protección” a los incapaces por medio de la representación, aunque no lo logran de forma efectiva, pues no se contemplan apoyos ni garantías para los sujetos cuya incapacidad se declara (Lathrop, 2022, p.240).

A partir de lo anterior, dos observaciones críticas pueden plantearse respecto al sistema civil chileno de declaración de la incapacidad.

En primer lugar, el tratamiento de la incapacidad y de la interdicción por demencia tiene como eje central la protección del incapaz, en atención a que priva de “capacidad de obrar a las personas consideradas como tales, con el sometimiento a un poder lisa y llanamente protector (las guardas) que no propicia la autonomía de la voluntad” (Jarufe, 2022, p.18). Así, nuestro sistema no hace más que priorizar la protección y la seguridad jurídica, con un modelo de sustitución de la voluntad de la

¹¹ Artículo 373 y 374 CCCh.

persona con discapacidad intelectual, que restringe el ejercicio de su autonomía (Benavides, 2015, p.42), visión proteccionista que es bastante reprochable a la luz de lo consagrado en el artículo 12 de la CDPD que obliga a los Estados parte a implementar un régimen de capacidad jurídica que sitúe a las personas con discapacidad, y en este caso específico, con discapacidad psicosocial, en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida.

La segunda observación es que como el sistema se basa en la protección del incapaz a través de la sustitución de su voluntad por medio de la actuación de un representante, no existe un modelo asistencial de capacidad jurídica basado en que el Estado brinde los apoyos necesarios para que las personas con discapacidad psicosocial puedan ejercer sus derechos y manifestar su voluntad por sí mismos. En ese sentido, se hace imprescindible progresar hacia un ordenamiento jurídico que contemple un régimen de apoyos, basado, por un lado, en:

el reconocimiento de la libertad de decisión de las personas con discapacidad; y, por otro, un arreglo -que puede incluir la participación de un tercero, pero también puede constituir, por ejemplo, el reconocimiento de métodos de comunicación distintos y no convencionales- que tenga como finalidad facilitar el proceso de toma de decisiones y permitir el ejercicio de la capacidad jurídica (Marshall, 2020, p.50).

Por tanto, se hace necesario el tratamiento de la capacidad jurídica desde la perspectiva de la libertad que tienen todas las personas para tomar decisiones, y que respecto de aquellas personas que tengan alguna discapacidad psicosocial, el Estado debe asumir el deber de brindar los apoyos necesarios para que ellas puedan ejercer esa libertad en total autonomía.

3. Decisiones judiciales en torno a la discapacidad psicosocial

Como fue señalado en el acápite introductorio, se produce una contradicción entre la legislación interna y la CDPD, lo cual se manifiesta en las decisiones judiciales de los tribunales chilenos, tanto de primera instancia como en Tribunales Superiores de Justicia, puesto que en juicios de interdicción o contiendas relativas a la declaración de nulidad de algún acto o contrato celebrado por “dementes”, parte de los tribunales fallan aplicando las reglas de capacidad jurídica vigentes, mientras que en otras sentencias, los jueces resuelven a partir de los estándares establecidos por la CDPD y otros tratados internacionales en la materia (como la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, en adelante CIADDIS).

Por lo anterior, resulta de interés analizar algunas decisiones judiciales en torno a la discapacidad psicosocial, haciendo énfasis en aquellas dictadas con una perspectiva de derechos humanos, y en sentencias cuyos considerandos carecen de estos razonamientos, llegando a utilizar conceptos que no son concordantes con el cambio de perspectiva o que simplemente se limitan a aplicar la normativa interna en la materia, basándose en un enfoque proteccionista de la persona en situación de discapacidad psicosocial.

Una de las sentencias relevantes en la materia corresponde a aquella dictada con fecha veintisiete de septiembre del año 2021 por el Segundo Juzgado Civil de San Bernardo¹², confirmada por la Corte de Apelaciones de San Miguel¹³ con fecha diecisiete de diciembre del 2021 y finalmente

¹² Segundo Juzgado Civil de San Bernardo, Sentencia Rol V-47-2021.

¹³ Tercera Sala de la Corte de Apelaciones de San Miguel, Sentencia Rol 1152-2021.

sometida a conocimiento de la Corte Suprema de Chile, la cual decidió con fecha veintiséis de mayo del 2023 rechazar la solicitud de declaración de la interdicción definitiva por demencia de dos personas, petición que se fundaba en el artículo 4 de la ley N° 18.600, por encontrarse inscritos en el Registro Nacional de Discapacidad con el mérito del certificado otorgado por el COMPIN, además de los artículos 459 y 443 del CCCh.

El razonamiento contenido en el fallo de primera instancia tiene como eje central la interpretación y la consecuente aplicación de la legislación vigente en consonancia con los tratados internacionales sobre discapacidad, buscando en cierta medida armonizar lo dispuesto en ambos cuerpos normativos, sin embargo, se concluye que el sistema de interdicción vigente cuando no es aplicado en casos excepcionales y de manera restrictiva, resulta lesivo de los derechos fundamentales.

En primer lugar, es importante destacar en el considerando primero del fallo en cuestión, el tratamiento que se le da al concepto anacrónico y estigmatizador del concepto “demente”, en el cual de manera indirecta y basándose en la CIADDIS la jueza introduce el término “discapacidad” para referirse a aquellas deficiencias físicas, mentales y sensoriales, que pueden afectar a los sujetos de manera permanente o temporal, que puede ser causada o agravada por el entorno económico y social, dejando establecido que la manera correcta para tratar a este grupo de personas es “personas en situación de discapacidad” o “personas con discapacidad”

En razón de lo anterior, hizo referencia al uso de términos discriminatorios utilizados por el requirente al hacer mención a persona con discapacidades psicosociales, razonando que este tipo de expresiones son lesivas de la dignidad humana, no solo porque son términos ofensivos, sin sustento científico y estigmatizadores, sino que también porque son ejemplos de invisibilización socialmente aceptada hacia estas personas, especialmente considerando que la discapacidad es una situación que se provoca en la interacción entre estas y su medio físico y social, no inherente a ellas.

Otra sentencia que razona en concordancia con lo anterior, precisamente en el conocimiento y fallo de procedimientos de interdicción por demencia, es la conocida por el Quinto Juzgado Civil de Santiago¹⁴, el cual, en sentencia de fecha diez de enero del año 2017, en su considerando quinto también se utiliza el concepto de discapacidad, principalmente basándose en las Convenciones Internacionales en la materia, reemplazando la concepción de demente; y la sentencia dictada por la Corte de Apelaciones de Santiago¹⁵ que en su considerando tercero señala que debe tenerse en cuenta que los “términos como ‘demencia’ o ‘locura’ que utiliza el Código Civil no tienen actualmente un fundamento científico preciso, de modo que han de asimilarse al concepto de ‘discapacidad mental’”.

Sin perjuicio de lo anterior, cabe destacar que inclusive luego de la ratificación de la CDPD en el año 2008, gran parte de los tribunales chilenos han persistido en una errónea interpretación del concepto “demente”, pues no lo han hecho a la luz de los estándares internacionales.

Esto lo podemos observar claramente en la sentencia dictada con fecha siete de junio del año 2013 por el Juzgado de Letras y Garantía de Carahue¹⁶, que en su considerando primero reflexiona sobre la expresión “demencia”, concluyendo que mayoritariamente se ha entendido no solo al “loco furioso sino también a quien le falta inteligencia, como los casos de idiotismo e imbecilidad y también al demente propiamente tal que se caracteriza por una debilidad o nulidad de las facultades intelectuales

¹⁴ Quinto Juzgado Civil de Santiago, Sentencia Rol V-20-2016.

¹⁵ Corte de Apelaciones de Santiago, Sentencia Rol 9316-2015.

¹⁶ Juzgado de Letras y Garantía de Carahue, Rol C-175-2012.

o morales” trastornos que impiden a estas personas obligarse y responsabilizarse por sus actos, razón por la cual deben ser “protegidos” por el legislador y con esto, también se protege el interés público.

Asimismo, en el considerando décimo tercero de la sentencia dictada con fecha veinticinco de septiembre del año 2014 por el Primer Juzgado de Letras de San Antonio¹⁷ la expresión “demencia” consagrada en el CCCh se entiende como “la pérdida de las facultades intelectuales” que genera en el sujeto un “deterioro notorio en su inteligencia” quedando el “demente” imposibilitado de participar en la vida del derecho debido a la carencia de la facultad de “autodeterminarse jurídicamente”.

En definitiva, gran parte de los términos empleados por tribunales nacionales, no solo son preocupantes por su carácter estigmatizador y poco sustentado en el avance de las ciencias, sino que también presentan una vaga comprensión del tema, que puede llevar a decisiones erróneas o poco fundadas al flexibilizar y ampliar la aplicación de la norma con expresiones como “idiotez” e “inteligencia”, siendo que en realidad se trata de preceptos que en principio deben ser de uso restrictivo. Junto con esto, es evidente que el uso de estas concepciones es un reflejo de la forma en que parte de la sociedad concibe las discapacidades psicosociales, puesto que se comprenden como “enfermedades” y como “personas inferiores moralmente”, que deben ser objeto de protección. Ahora bien, también existen decisiones judiciales que rompen ese paradigma, tratando de asentar el razonamiento a la luz del nuevo enfoque de las discapacidades psicosociales, propiciado principalmente por tratados internacionales en la materia.

Continuando con el análisis de la sentencia V-47-2021 dictada el veintisiete de septiembre del año 2021 por el Segundo Juzgado de Letras de San Bernardo, en su considerando quinto razona respecto de la declaración de interdicción, refiriendo que esta no puede declararse por un solo criterio asistencialista, puesto que esto resulta contrario al principio de igualdad y principio de vida independiente, sino que la única forma en que es justificable la vulneración y supresión de derechos, es cuando esta pueda resultar útil para la persona con discapacidad, sin perjuicio, del control de convencionalidad que se deberá realizar en el caso concreto.

Por lo que, en atención a los antecedentes del caso – en los que quedaba de manifiesto que la discapacidad no afectaba en su totalidad la posibilidad de poder manifestar su voluntad y actuar en la vida jurídica – no era la solución idónea, puesto que a la luz de la CDPD, las personas con discapacidad tienen en definitiva capacidad jurídica, siendo contraria a esta idea el modelo de sustitución de la voluntad en la adopción de decisiones, y en consecuencia, consideró que la normativa interna que se pretende aplicar, resultaría abusiva y desproporcionada, vulneratoria de sus derechos y contraria al principio de igualdad ante la ley. De esta manera, el Juzgado entiende la importancia de fallar en concordancia con la CDPD, que reconoce a las personas con discapacidad como sujetos de derecho y no de protección.

En ese sentido la sentencia V-20-2016 dictada con fecha diez de enero del año 2017 por el Quinto Juzgado Civil de Santiago repara sobre la misma cuestión, sin embargo, desde la perspectiva de lo gravoso que puede significar la declaración de interdicción en la capacidad jurídica, debido a que implica una suspensión no sólo de la administración de los bienes, sino que también derechos políticos como el derecho a sufragio, por lo que, en el razonamiento concluye que ante la magnitud de las

¹⁷ Primer Juzgado de letras de San Antonio, Rol C-64920-2009, confirmada por la sentencia Rol 736-2015, dictada por la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Valparaíso.

consecuencias de la interdicción el juez debe ser riguroso tanto de los antecedentes que constan en el proceso, como del cumplimiento de la legislación.

Sin embargo, en diversas sentencias dictadas tanto por tribunales de primera instancia¹⁸, Cortes de Apelaciones¹⁹, como por la Corte Suprema²⁰, es posible evidenciar que la interdicción mantiene en nuestro ordenamiento un enfoque proteccional, lo que implica, a juicio de los juzgadores, que se aplica a aquellas personas que “no pueden dirigirse a sí mismos o administrar competentemente sus negocios” debido a su “falta de capacidad intelectual” lo que los deja en una “situación de inferioridad” en relación con el resto de los ciudadanos y por tanto, deben ser protegidos por el legislador “ante los peligros a que se hallan expuestos en razón de su condición”. Sin embargo, el objeto no es solo la protección de los intereses del propio interdicto, sino que también estos tribunales consideran que se extiende al interés de su familia y de la sociedad en su conjunto.

Esto encontraría fundamento en el principio de igualdad consagrado en la Carta Fundamental, puesto que “no es justo ni equitativo colocar al interdicto en iguales condiciones que al hombre normal”, ya que, si se aplican de igual manera las leyes y sus sanciones, no se produciría la igualdad que persigue la ley.

Ahora bien, volviendo al análisis de la sentencia rol V-47-2021 de fecha veintisiete de septiembre del año 2021 dictada por el Segundo Juzgado Civil de San Bernardo, cabe destacar que la sentencia en cuestión fue sometida a conocimiento de la Corte de Apelaciones de San Miguel siendo confirmada con fecha diecisiete de diciembre de 2021, por lo que, las partes decidieron elevar el asunto a conocimiento de la Corte Suprema a través de recurso de casación en el fondo²¹, la cual con fecha veintitrés de mayo de 2023 en su sentencia utilizó un criterio legalista y consideró que la normativa interna, tanto las normas del CCCh como las estipulaciones de la ley 18.600 sobre deficientes mentales, no eran contradictorias con las reglas contenidas en tratados internacionales y que por tanto, aquellas debían ser aplicadas por sobre estas.

Respecto a lo anterior, cabe plantear ciertas observaciones respecto la aseveración de que no existe contradicción entre lo dispuesto en el derecho interno y los postulados de los Tratados Internacionales, debido a que ambos cuerpos normativos parecieran ser completamente contradictorios entre sí, especialmente tratándose de la institución de la interdicción por demencia propiamente tal, cuyo fundamento en el sistema chileno, como ya señalamos, radica en una concepción completamente errada de la discapacidad, dándole un enfoque en el que se hace necesaria la protección de intereses de sujetos vulnerables y en esa lógica es completamente viable y justificable la idea de sustitución de la voluntad.

La Convención, sin embargo, promueve un modelo en donde exista igualdad en el ejercicio de capacidad jurídica, para que las personas con discapacidad actúen autónomamente y con las mismas condiciones con el resto de las personas, lo cual se logra a través de un modelo basado en la toma de decisiones que respete la voluntad y no la sustituya.

¹⁸ Considerando cuarto de la sentencia de la Corte Suprema Rol 72220-2020, que conoce sobre la sentencia del Primer Juzgado Civil de Chillán Rol C-1193-2016 confirmada por la Corte de apelaciones de Chillán.

¹⁹ Considerando cuarto, Corte de Apelaciones de Arica, Rol: 266-2011.

²⁰ Considerando octavo, Primera Sala (Civil) de la Corte Suprema, Rol 33859-2017.

²¹ Cuarta sala (mixta) de la Corte Suprema, Rol: 1369-2022.

Continuando con la sentencia rol 1369-2022 dictada con fecha veintiséis de mayo de 2023, la Corte Suprema en su examen del caso, establece que los requisitos establecidos por la ley – requisitos revisados en el acápite anterior, consistentes en que debe tratarse de discapacidades mentales que afecten en $\frac{1}{3}$ la capacidad de la persona, que la discapacidad haya sido inscrita en el RND, que la solicitud de declaración de interdicción sólo puede ser solicitada ante un juez por las personas habilitadas por la ley y que tengan bajo su cuidado a la persona discapacitada y una audiencia con ésta– se cumplen en el caso en concreto, por lo que revoca la sentencia, declarando definitivamente la interdicción de uno de los hermanos, a pesar de que la jueza de primera instancia verificó de manera personal que ambos individuos eran capaces de expresarse con claridad, espontánea y claramente.

Al respecto, merece comentario el requisito de la audiencia que mantiene el juez con la persona cuya interdicción se solicita, en especial, lo que dice relación con la valoración de aquellos antecedentes que pueden ser recabados por éste mediante apreciación de la capacidad de las personas de manifestar de una forma u otra su voluntad, con motivo de que esta pueda servir de fundamento para rechazar la solicitud de interdicción, en aquellos casos en que se constata la posibilidad de emitir dicha manifestación.

No obstante, en los casos analizados, el certificado vigente en el que consta el grado de discapacidad hace mayor prueba que dicha apreciación, dejando muchas veces de lado los deseos y preferencias expresados por la persona cuya capacidad se discute. Lo que demuestra que el sistema de incapacitación es de tipo médico rehabilitador, puesto que se le da mayor importancia a la “enfermedad” en cuestión y el grado de afectación que esta genera a nivel psíquico, en lugar de dar apoyos a las personas para el ejercicio de su capacidad jurídica.

Así, el fallo de fecha cinco de noviembre de 2015 de la Corte de Apelaciones de Santiago²², que conoce un procedimiento de declaración de interdicción por demencia de una persona, cuya solicitud fue rechazada por el tribunal de primera instancia²³, considera que a pesar de tener un certificado que acredita discapacidad de origen mental definitivo de un 70%, la apreciación del juez fue que la persona en cuestión presentaba cierta aptitud para comprender los estímulos del medio, aunque no de manera completa.

A pesar de esto, la Corte declara la interdicción de la persona discapacitada, debido a que según razona en el considerando cuarto y quinto, los requisitos establecidos en la ley 18.600 para declarar la interdicción aparecen suficientemente cumplidos y además considerando “que la constatación, calificación, evaluación y declaración de la discapacidad mental efectuada en la forma dicha incorporan elementos científicos que a juicio de esta Corte resultan más convincentes que la apreciación personal del juez”. Respecto de esta decisión cabe decir que si bien se critica al juez de la primera instancia por asimilar la capacidad psicológica con la aptitud para comprender estímulos del medio, esta nos parece de igual relevancia, ya que demuestra que si bien la persona no puede darse a entender de la manera idónea o dentro del estándar establecido por la legislación, al reaccionar a estímulos del medio se puede considerar que esta puede de alguna manera o requiriendo de algún apoyo manifestar su voluntad o dar a entender sus deseos y preferencias, cosa que no fue contemplada en el caso en cuestión.

Sin embargo, contrario a la regla general, la sentencia dictada en fecha cinco de noviembre del año 2015 por la Corte Suprema²⁴ al conocer un recurso de casación en el fondo sobre un

²² Corte de Apelaciones de Santiago, Sentencia Rol: 9316-2015.

²³ Sentencia Rol V-8-2015 pronunciada por el Primer Juzgado Civil de Santiago.

²⁴ Cuarta Sala (mixta) de la Corte Suprema, Sentencia Rol: 14771-2015.

procedimiento de interdicción por demencia, que con fecha 17 de febrero de 2015 en su primera instancia²⁵ fue rechazado y dicha decisión fue confirmada con fecha 19 de agosto del año 2015 por la Corte de Apelaciones de Concepción²⁶ precisamente, porque a juicio de los juzgadores de la primera instancia la persona respecto de la cual se solicita la interdicción no presenta ningún tipo de grado de discapacidad mental apreciable, precisamente porque a pesar de tener un diagnóstico médico de un cuadro de esquizofrenia residual en tratamiento, puede hacerse cargo de su cuidado personal, pudiendo comprender y razonar de acuerdo a sus propios intereses, sin perjuicio de contar con un certificado que acredita que presenta una incapacidad tipo psíquica mental en un grado del 70%.

En este caso la Corte Suprema rechaza el recurso de casación en la fondo cuya principal pretensión se basa en la imposibilidad del juez de primera instancia de hacer valoraciones o calificar la discapacidad, no teniendo en consideración el certificado que, en definitiva, ratifica la discapacidad -y que por cierto es requisito de la ley N° 18.600 para declarar la interdicción- estableciendo en el considerando cuarto de la sentencia que “sólo los jueces del fondo se encuentran facultados para fijar los hechos de la causa y que, efectuada correctamente dicha labor, esto es, con sujeción a las llamadas normas reguladoras de la prueba atinentes al caso en concreto, devienen inalterables para este tribunal”

En relación con esto merece la atención el razonamiento contenido en la ya mencionada sentencia Rol V-20-2016 de fecha diez de enero del año 2017 del Quinto Juzgado Civil de Santiago en donde la jueza, en el considerando octavo de la misma, reflexiona al respecto de una declaración de interdicción que “el hecho de que una persona tenga una discapacidad incluso de tipo mental en un 67.50%, no necesariamente implica que se encuentre en una situación de dependencia aun cuando pueda requerir algún tipo de apoyo, y menos que se encuentre impedida de usar y gozar de su capacidad jurídica o de cualquier otro derecho”

Para finalizar con el análisis de las decisiones judiciales, es posible afirmar con convicción que existe una dicotomía que se genera producto de dos cuerpos legales contradictorios en su forma de entender la capacidad jurídica, pues, por un lado, la Convención reconoce plena e igual capacidad jurídica de las personas con discapacidad, mientras que la normativa civil vigente la restringe. Lo anterior aparece de manifiesto en las sentencias, debido a que en aquellos procedimientos en que pretende limitar el alcance de expresiones como la de “dementes” o en aquellos casos en que es necesario determinar en el sentido, objeto y alcance de la declaración de interdicción, se pueden apreciar dos enfoques para afrontar un mismo asunto, lo que genera un gran problema de incerteza jurídica, principalmente porque en decisiones sobre un mismo asunto se pueden obtener distintos resultados dependiendo del cuerpo legal que el juez considere más apropiado al momento de fallar.

III. REVISIÓN DEL SISTEMA ESPAÑOL

Conforme señalamos en el capítulo introductorio, el sistema español es de interés desde la perspectiva chilena puesto que, luego de la dictación de diversas leyes con el objeto de ajustar la normativa a los estándares de la CDPD²⁷ ratificada el año 2008, la legislación civil y procesal española fue modificada por la ley 8/2021 que entró en vigencia el 3 de septiembre del año 2021. En ese

²⁵ Primer Juzgado Civil de Talcahuano, Rol: C-1541-2014.

²⁶ Corte de Apelaciones de Concepción, Rol: 911-2015.

²⁷ Como la reforma de la ley 26/2011, el real Decreto legislativo 1/2013, la Ley Orgánica 1/2017, la Ley Orgánica 2/2018, entre otras.

contexto, el Código Civil Español (en adelante, CCE) fue ampliamente reformado en materia de discapacidad y, por ende, de capacidad jurídica.

Previo a la reforma de la ley 8/2021, España había ratificado la CDPD, pero aún se encontraba con una normativa interna que no cumplía con lo establecido por dicho tratado, mismo contexto en el cual se encuentra nuestro país en la actualidad²⁸. De esta manera, el año 2019 el Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad recomendó que España debía derogar aquellas normas jurídicas que fueran discriminatorias, con el propósito de reconocer la capacidad plena de las personas con discapacidad, y con ello, abolir el modelo de sustitución de la voluntad de estas personas al declararlas incapaces, para pasar a instaurar un modelo de apoyos que tiene como núcleo la autonomía de la persona con discapacidad (Jarufe, 2022, p.30). Esto porque el ordenamiento jurídico español, hasta ese momento, reconocía que una persona con una discapacidad psicosocial, que le impidiera el autogobierno, sólo podía actuar en la vida del derecho con la declaración de incapacidad, y el posterior régimen de tutela o guarda al que debía someterse, “por lo que el propio sistema jurídico impedía la participación de las personas con discapacidad de forma plena y efectiva en la sociedad en igualdad de condiciones con los demás” (Guilarte, 2021, p.83).

Es así como, luego de una gran discusión en el Parlamento español, se publica la mencionada ley en el Boletín Oficial del Estado el 3 de junio del año 2021, cuerpo legal por el que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo de la discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica²⁹, entrando en vigencia el 3 de septiembre del mismo año. El objetivo principal de esta ley fue lograr la máxima adaptación posible del sistema español al artículo 12 de la CDPD y de “las ideas consagradas en este precepto convencional sobre la capacidad jurídica, el apoyo en el ejercicio de esta y las salvaguardas frente a los apoyos” (García Rubio, 2021, p.3). En ese sentido, la finalidad de la ley era instaurar un modelo radicalmente distinto al anterior, con un enfoque de derechos humanos en materia de capacidad jurídica de las personas con discapacidad, vinculado al principio de no discriminación y el respeto a la dignidad de la persona, basado en un sistema de medidas de apoyo, dirigido a principalmente a personas con discapacidades intelectuales, cognitivas y psicosociales.

1. Capacidad jurídica en la legislación española

El modelo de capacidad jurídica anterior a la ley 8/2021 “se organizaba en torno a la capacidad natural de autogobierno, tenía una marcada finalidad protectora para quien careciera de dicha capacidad” (Martínez, 2022, p. 693), por lo que al incurrir en la causal de incapacidad basada en una enfermedad o deficiencia de carácter físico o psíquico que impida el autogobierno, por medio de una resolución judicial se limitaba su capacidad legal de obrar y debía actuar solo por medio de curadores.

²⁸ Así se refleja en la sentencia de la Corte Suprema N° 95040-2016, consistente en la concesión de un exequátur, en virtud del cual se solicitaba que una sentencia española que declaraba la demencia en España, tenga también efecto en Chile, argumentando que la resolución del tribunal extranjero se puede cumplir en Chile puesto que ella no contenía nada contrario a las leyes de la República y tampoco se oponía a la jurisdicción nacional.

²⁹ Las leyes que fueron modificadas por la ley 8/2021 fueron: el Código Civil, la Ley de Jurisdicción Voluntaria, Ley de Enjuiciamiento Civil, Ley hipotecaria, Ley de Registro Civil, Ley del notariado, Ley del Patrimonio protegido, Código de Comercio, Código Penal.

Si bien la mencionada ley no define discapacidad, al asumirse el modelo social y de apoyo de la Convención, se acepta el concepto adoptado por esta³⁰. No obstante ello, lo relevante de la reforma radica en que supera la distinción entre la capacidad de obrar y la capacidad jurídica, siendo esta última la equivalente a la capacidad de ejercicio existente en nuestro país.

Esta decisión legislativa se tomó a partir de la Observación General Número 1 del Comité sobre los Derechos de las personas con discapacidad, que interpretó principalmente el artículo 12 de la CDPD, y del cual se desprende la idea de que “el concepto de capacidad jurídica es unívoco y comprende tanto la titularidad del derecho como el poder o la legitimación para ejercitarlo” (García Rubio, 2021a, p.4).

Así las cosas, la reforma se centra en el entramado normativo referente a la capacidad jurídica de las personas adultas – ya que los menores de edad con alguna discapacidad tienen igual protección que todos los menores de edad – suprimiendo figuras como la tutela, la patria potestad prorrogada, y la patria potestad rehabilitada.

Es por lo anterior que, luego de la reforma, en España no existen causales de incapacidad, y por ende, que una persona tenga “una enfermedad o deficiencia de carácter físico o psíquico, aún cuando impida el autogobierno, no será una causal de incapacidad” (Jarufe, 2022, p.31), cumpliendo así con los estándares exigidos a los Estados que ratificaron la CDPD.

A contrario sensu, y como ya se ha señalado en el presente capítulo, con anterioridad a la entrada en vigencia de la ley, la legislación civil española no cumplía con los estándares establecidos por la CDPD. No obstante, en España esto fue ampliamente discutido, puesto que, para parte de la doctrina, el sistema anterior a la entrada en vigencia de la ley “era compatible con las exigencias del artículo 12 de la Convención de Derechos de las Personas con Discapacidad” (Martínez, 2022, p.693).

2. Sistema de medidas de apoyo

Con la ley 8/2021, desde el artículo 249 del CCE se contemplan las medidas de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas mayores de edad con una discapacidad psicosocial. Esta reforma se basa en un modelo de apoyos, que se inclina por el respeto a la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad, lo cual se vincula con la “dignidad de la persona, de la que deriva su poder de autodeterminación” (García Rubio, 2021b, p.90). En ese sentido, el legislador español prescinde del principio de interés superior de las personas con discapacidad, pues se encuentra fundado principalmente en un criterio proteccionista, y no en el ejercicio de la capacidad jurídica en igualdad de condiciones con el resto de las personas.

Esta idea de la primacía de la voluntad de la persona con discapacidad psicosocial tiene dos principales manifestaciones: “por un lado, la prioridad de las medidas de apoyo voluntarias sobre las reconocidas por la ley o las establecidas por la autoridad judicial; por otro, la necesidad de que quienes prestan apoyo (voluntario, informal o judicial) respeten la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad” (García Rubio, 2021b, p.90). En ese sentido, una preferencia de la persona con discapacidad puede ser, precisamente, ejercer su capacidad jurídica sin apoyos, lo cual, para parte de

³⁰ Definida en el preámbulo letra e) de la CDPD: “[...] la discapacidad es un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”.

la doctrina, sería posible y legítimo (García Rubio, 2021a, p.5), tomando la decisión y asumiendo las consecuencias de ello al igual que cualquier otra persona lo haría en el ejercicio de su autonomía de la voluntad.

Lo anterior no está exento de discusión en la doctrina, puesto que se ha afirmado que fue un desacierto hacer prevalecer la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad psicosocial, por sobre de su interés superior, ya que estas personas “al igual que los menores, en ocasiones toman decisiones que van en contra de de sus intereses personales o patrimoniales” (Badenas, 2022, p.1789).

No obstante, cabe mencionar que estas afirmaciones se alejan del enfoque actual de las discapacidades psicosociales, pues perpetúan el modelo médico rehabilitador, además de la idea de que el ordenamiento debe tender a la protección de las personas con discapacidad, debido a que se trata de individuos que no son capaces de actuar por sí mismos en igualdad de condiciones que el resto de personas. Por lo demás, se trata de aseveraciones que no consideran las salvaguardas como mecanismos para evitar abusos, las cuales serán revisadas más adelante.

Otra idea relevante a propósito de las medidas de apoyo se relaciona con una serie de principios rectores que deben fundar su aplicación, a saber, los principios de necesidad, de proporcionalidad y de subsidiaridad.

Los principios de necesidad y de proporcionalidad se contemplan expresamente en los artículos 249, 268 y 282 CCE, en virtud de los cuales la medida de apoyo “será necesaria cuando el ejercicio de la capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás personas exija la constitución de una medida de apoyo (formal o informal)” (Guilarte 2021, p.517), lo cual se traduce en que, en tanto que la discapacidad psicosocial implique una alteración en la manifestación de la voluntad del individuo, se requerirá de una medida de apoyo, cuyo tipo e intensidad dependerá de las condiciones personales del sujeto que precisa de ellas, privilegiando siempre su carácter transitorio, sujetándose a revisiones periódicas.

En definitiva, el apoyo se configura como “un medio, no solo para hacer posible el ejercicio de la capacidad jurídica en condiciones de igualdad, sino también para promocionar la autonomía de la persona con discapacidad” (García Rubio, 2021a, p.5).

Tratándose del principio de subsidiariedad, este consiste en que “se han de dar prioridad a los mecanismos de apoyo más flexibles y menos intrusivos para la persona con discapacidad” (García Rubio, 2021b, p.96), por lo que en el sistema español se prefieren aquellas medidas que son menos lesivas a la autonomía de la voluntad del sujeto, restringiendo a casos sumamente excepcionales aquellos apoyos consistentes en la sustitución de la voluntad, lo cual solo se permitiría para actos particulares. En ese contexto, la representación general se concibe como la última opción del sistema, específicamente tratándose de aquellas situaciones muy extremas en las que la persona con discapacidad psicosocial no puede formar su voluntad ni expresarla, pero estableciendo como garantía que el encargado de facilitar el apoyo debe reconstruir los deseos y preferencias de la persona, a partir de la trayectoria de vida, las creencias y valores de ella, por lo que no habría como tal una sustitución de la voluntad, lo cual profundizaremos más adelante a propósito de la curatela como medida de apoyo.

Respecto a lo anterior, cabe hacer un contrapunto con el sistema chileno, el cual como ya vimos en el capítulo anterior, se caracteriza por la declaración de interdicción, y en consecuencia, de

la incapacidad en términos absolutos, frente a lo cual la persona con discapacidad psicosocial queda sujeta a un régimen de curaduría general, sin considerar las circunstancias en concreto del sujeto, bastando la concurrencia de los requisitos exigidos por el legislador para declarar la interdicción.

En cuanto a las medidas de apoyo en concreto, utilizamos la distinción efectuada por la Doctora en Derecho María Paz García Rubio³¹, que nos parece bastante ilustrativa de los diferentes apoyos contemplados actualmente en la legislación española. Así, cabe distinguir 3 grupos de medidas de apoyo voluntarias, las informales y las judiciales.

2.1. Medidas de apoyo voluntarias.

Como ya fue mencionado, si bien el sistema español regula las medidas formales e informales, “en coherencia con el principio de autonomía, se da preferencia a las medidas voluntarias como reflejo de la autodeterminación de las personas” (Guilarte, 2021, p.531), lo cual se desprende del tenor del artículo 253 inciso 4 CCE, y se entiende como uno de los supuestos básicos de la nueva comprensión de discapacidad en general, y específicamente de la discapacidad psicosocial.

En ese orden de ideas, el artículo 250 CCE dispone que las medidas de apoyo de naturaleza voluntaria son aquellas establecidas por la persona con discapacidad, en las que designa quién debe prestarle apoyo y con qué alcance, debiendo constar en escritura pública, además de la correspondiente comunicación al Registro Civil español para que conste en el registro individual de la persona.

A partir del artículo 255 CCE, en el que el legislador emplea las expresiones “apreciación” y “previsión”, es que podemos subdistinguir entre aquellas medidas de apoyo voluntarias de presente, y aquellas preventivas. Tratándose de las primeras, estas comprenden los poderes de presente (unilaterales) y los acuerdos de apoyo (bilaterales), mientras que las medidas voluntarias preventivas incluyen la autocuratela y los poderes y mandatos preventivos.

Respecto de aquellas medidas de apoyo voluntarias de presente, estas consisten en que “es la propia persona que ya necesita los apoyos quien determina su contenido, alcance y persona que desea que se los preste” (De Salas, 2022, p.20), y es precisamente por ello que es una manifestación de la relevancia que le concede la reforma a la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad psicosocial.

Sin perjuicio de ello, García Rubio (2022b) expresa que merece comentario el hecho de que “a pesar de partir del carácter preferente de las medidas voluntarias, lo cierto es que apenas se refiere a estas que he llamado de presente” (p.101).

En ese sentido, respecto de los poderes de presente y los acuerdos de apoyo se conforman como aquellas medidas de apoyo de carácter unilateral y bilateral respectivamente que tienen el propósito de ocuparse de necesidades inmediatas o en el momento de su constitución.

Sin perjuicio de lo anterior, reviste una mayor importancia en la práctica aquellas medidas de apoyo voluntarias preventivas, pues significan una innovación en el ordenamiento jurídico español, ya que con anterioridad a la reforma, “este tipo de instrumentos se concebía como un tipo de mandato

³¹ Véase en: García Rubio, M. (2021) Contenido y significado general de la reforma civil y procesal en materia de discapacidad. Editorial Jurídica Sepin; y en García Rubio, M. (2021) La reforma de la discapacidad en el Código Civil. Su incidencia en las personas de edad avanzada. *Annuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 81-110.

y no como una institución de apoyo y protección de la persona” incluyendo, como ya se dijo, los poderes y mandatos preventivos y la autocratela.

Respecto de los poderes y mandatos preventivos, es posible entenderlos como aquella medida consistente en que una persona mayor de edad, en previsión de la necesidad de un apoyo en el futuro para el ejercicio de la capacidad jurídica en igualdad de condiciones al resto de personas, otorga escritura pública por la cual celebra un negocio jurídico unilateral (poder) o bilateral (mandato), por lo que “permite a una persona plenamente autónoma la toma de decisiones sobre sus necesidades de apoyo en el futuro” (García Rubio, 2021b, p.102). Así, la persona en previsión de una dificultad para ejercer su capacidad jurídica en lo sucesivo, nombra a uno o más mandatarios, quienes al aceptar el encargo, deben proporcionarle el apoyo necesario, “actuando en su nombre o por su cuenta en el ámbito y con el alcance que la misma persona hubiera establecido” (Guilarte, 2021, p.578).

Cabe destacar que, tres son las características esenciales de los poderes o mandatos preventivos. En primer lugar, que el otorgante debe precisar los apoyos no en el tiempo inmediato, sino que la necesidad de estos es solo potencial, es decir, se prevee que serán requeridos en el futuro por un eventual impedimento en el ejercicio de la capacidad jurídica, y es por esa razón que se establecen ex ante. A continuación, los mandatos o poderes preventivos se caracterizan por que entran únicamente al cumplirse el supuesto consistente en que el otorgante se encuentre efectivamente en una situación de requerir apoyos, especialmente en lo referente a la toma de decisiones de relevancia jurídica en igualdad de condiciones con el resto. Finalmente, presentan como rasgo distintivo que mediante el otorgamiento de un poder o mandato preventivo, “la persona confiere legitimación para la actuación en su nombre o por su cuenta” (Guilarte, 2021, p.578), en consecuencia, es imprescindible que, para que se trate de un poder o mandato, el acto jurídico debe contemplar facultades representativas. No obstante lo anterior, es fundamental que el mandante o poderdante “seguirá incidiendo en sobre la actuación del apoderado, el cual, además de actuar según las instrucciones que se hubieran fijado en el poder, deberá atender siempre a los deseos y preferencias que pueda llegar a expresar” (Guilarte, 2021, p.592), lo cual es una idea que se configura como eje central de todo el nuevo sistema que instaura la reforma de la ley 8/2021.

Un asunto relevante en este tema se relaciona con el contenido mínimo de las medidas de apoyo preventivas, pues que en el artículo 255 CCE no se impone ninguna exigencia al respecto, por lo que, podría utilizarse a propósito de cuestiones personales y patrimoniales, pudiendo establecer “el régimen de actuación, el alcance de las facultades de la persona o personas que le hayan de prestar apoyo, o la forma de ejercicio del apoyo”³², además de “las medidas u órganos de control que estime oportuno, las salvaguardas necesarias para evitar abusos, conflicto de intereses o influencia indebida”³³. En ese sentido, las medidas de apoyo son de contenido variable en todos estos aspectos, especialmente en atención a las diversas discapacidades psicosociales que existen y el motivo por el cual se establecen, lo cual, en palabras de García Rubio (2018) “muestran el potencial de la voluntad de la persona para diseñar, hasta el detalle más nimio, el modelo de apoyo que le será dispensado en el futuro cuando, de acuerdo con los criterios que ella misma establezca, ya no pueda tomar decisiones por sí sola” (p.49).

Ahora bien, el caso de la autocratela es particular porque a pesar de que su tratamiento no sea precisamente en la Capítulo II del CCE correspondiente a las medidas de apoyo voluntarias, se trata de una medida voluntaria de carácter judicial que opera ex ante, a saber, en prevención de una discapacidad futura, cuya regulación está contenida en el Capítulo IV de la curatela, en los artículos

³² Artículo 255 inciso segundo CCE.

³³ Artículo 255 inciso tercero CCE.

271 a 274 CCE. De este modo, opera como una “medida voluntaria, de naturaleza anticipatoria o preventiva” (García Rubio, 2021a, p.14), que consiste en que un individuo con anterioridad a que presente dificultades en el ejercicio de su capacidad jurídica, por medio de escritura pública, decide que una persona o determinada, e incluso varias personas, actúen como curadores en el futuro. Aunque también existe la posibilidad de que el sujeto pueda “excluir a determinada o determinadas personas de la posibilidad de que, cuando lo precise para el ejercicio de su capacidad, puedan llegar a ser sus curadores” (García Rubio, 2018, p.44).

En ese contexto, la autocuratela comparte similitudes con medidas voluntarias como los poderes preventivos, puesto que ambas tienen como presupuesto que “aún no se ha dado esa situación de dificultad en el ejercicio de su capacidad jurídica” (Guilarte, 2021, p.703), es decir, operan con anterioridad a que el sujeto presente obstáculos en el ejercicio de su capacidad jurídica en igualdad de condiciones con el resto de las personas. Asimismo, se trata de medidas de carácter autorregulatorio, es decir, se caracterizan por que es la misma persona que requiere del apoyo quien designa al curador en el caso de la autocuratela, y quien designa al apoderado o al mandatario en el caso de los poderes o mandatos preventivos, respectivamente.

No obstante, ambas figuras presentan profundas diferencias, de entre las cuales se encuentra que según el artículo 559 CCE, si el poder preventivo otorgado es tan amplio que comprende la posibilidad de que el apoderado ejecute todos los actos jurídicos que pueda celebrar el poderdante, sobrevenida la necesidad de apoyo de este, dicho apoderado quedará sujeto al régimen de la curatela, a menos que el poderdante haya determinado lo contrario. En resumidas cuentas, la figura del poder preventivo puede mutar a la autocuratela en el caso ya mencionado, ya que esta última, y la curatela en general, se basan en que “el cargo de curador es, de entrada, obligatorio, salvo que concurra excusa, como, v.gr. resultarle excesivamente gravoso el ejercicio del cargo” (Guilarte, 2021, p.703).

En el mismo sentido, una de las principales diferencias entre ambas medidas se vincula con la posibilidad de representación. Tratándose de la autocuratela, en el nuevo sistema español el curador cumple un rol principalmente asistencial o de apoyo, y solo en casos muy excepcionales, presentará facultades de representación respecto de quien precisa el apoyo, siendo necesaria la autorización judicial para el curador con estas facultades, como una salvaguarda “para garantizar el respeto de los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona que precisa el apoyo” (Guilarte, 2021, p.720). En cambio, respecto de los poderes y mandatos preventivos, un rasgo fundamental es que el otorgante concede legitimación al apoderado o mandatario para que celebre actos jurídicos en su nombre y por cuenta del mismo poderdante o mandante, de tal manera que dichos actos se radiquen en su patrimonio, lo cual, en resumidas cuentas, refiere a los efectos de la representación. No obstante ello, esta representación tiene como límite la voluntad, deseos y preferencias del otorgante.

2.2. Medidas de apoyo informales o no formalizadas: la figura del guardador de hecho.

De conformidad al artículo 250 CCE, la guarda de hecho corresponde a una medida informal de apoyo que puede existir cuando no haya medidas voluntarias o judiciales que se estén aplicando eficazmente.

En ese sentido, la doctrina ha definido la figura del guardador de hecho como aquella medida de apoyo más frecuente consistente en que “la persona con discapacidad recibe el apoyo de una

manera informal y desde su entorno más cercano, normalmente su círculo familiar o afectivo” (García Rubio, 2021a, p.13). Asimismo, ha sido precisada como aquel “apoyo que presta espontáneamente a la persona con discapacidad un tercero (normalmente un familiar) sin que tenga ningún título ni nombramiento oficial para ejercer esa función” (De Salas, 2022, p.22), en consecuencia, no existe intervención judicial para ser designado y comenzar a ejercer su cargo.

Sin perjuicio de las diferentes nociones de la doctrina, y como ya se ha mencionado en la presente investigación, es evidente que la guarda de hecho, como medida de apoyo informal, es la figura que la ley le otorga mayor preponderancia, constituyendo una manifestación del principio de subsidiariedad, el cual fue desarrollado en el presente capítulo, y que consiste en aplicar preferentemente aquellas medidas de apoyo que no sustituyen la voluntad de la persona con discapacidad, otorgando mayor relevancia a conservar la autonomía del sujeto en la toma de decisiones, principio que además de regir el sistema de apoyos que contempla la ley, está consagrado por los tratados internacionales en la materia.

A este respecto, con la reforma al Código Civil Español la guarda de hecho se configura como una medida de apoyo que permite regular la asistencia que, en el ejercicio de la capacidad jurídica de personas con alguna discapacidad psicosocial, se presenta en “las relaciones de cuidado que se dan habitualmente en el seno familiar y en el entorno social más íntimo de la persona que precisa el apoyo” (García Rubio, 2021b, p.104). Así, la guarda de hecho es reconocida en el sistema español como una institución jurídica que prescinde de su carácter provisional cuya función es asistencial y no representativa, salvo en los casos que establece el artículo 264 CCE, en virtud del cual existen ciertos actos en los que el legislador “prevee la necesidad de que el guardador de hecho obtenga una autorización judicial *ad hoc* [...] no será preciso iniciar todo un procedimiento general de provisión de apoyos, sino que será suficiente la autorización para el caso singular” (García Rubio, 2021a, p.13).

En cuanto a los casos en que el guardador de manera excepcional desempeñará funciones representativas, el antedicho precepto impone que será necesaria la autorización judicial para ello, cuando “la anomalía psíquica que padezca el guardado le impida alcanzar los umbrales cognitivos y volitivos mínimos para que pueda formar su voluntad libre y responsable, y por ende, prestar el consentimiento que le vincule” (Guilarte, 2021, p.660). En tal sentido, la norma es comprensiva de aquellas situaciones que se dan en la realidad, en las que la persona con discapacidad tiene tal grado de dependencia –como lo sería por ejemplo una persona en estado vegetativo– que el familiar que forma parte de su círculo más íntimo, tiene la posibilidad de representar a la persona con discapacidad psicosocial, pues puede representarse como guardador de hecho ejecutando actos a su nombre, para lo cual es necesaria autorización judicial como ya se dijo. No obstante, cabe destacar que en estos casos sería más adecuada la curatela, medida de apoyo judicial que se analizará en el acápite siguiente.

A este respecto, conviene enfatizar que en estos casos en que el guardador desempeña una función representativa, debe hacérselo en atención a la voluntad, deseos y preferencias de las personas con discapacidad tal y como indica el artículo 249 CCE, lo que como criterio de actuación, garantiza el poder de autodeterminación del guardado. En aquellas situaciones en las que no es posible determinar la voluntad y preferencias de la persona con discapacidad, “se atenderá a la trayectoria vital de la persona, sus creencias y valores, así los factores que ella hubiere tomado en consideración para la toma de tal decisión” (Guilarte, 2021, p.521).

Sin perjuicio de lo anterior, es posible formular una precisión con respecto a las garantías o salvaguardas que se le atribuyen a la guarda de hecho, pues si bien el artículo 265 CCE contempla un control judicial respecto de la guarda de hecho –consistente en que la autoridad judicial podrá requerir

al guardador de hecho que informe de su actuación y que rinda cuentas de ello, además de establecer salvaguardias si es necesario— este control es más bien de carácter facultativo y no obligatorio, a lo cual además se suma que el legislador español no contempló la obligación del guardador de hecho de “poner en conocimiento del juez su existencia ni tampoco de un régimen de publicidad *ad hoc* o, al menos, de algún mecanismo dirigido a acreditar su existencia” (López, A. 2022, p.662).

2.3. Medidas de apoyo formales de naturaleza judicial: el defensor judicial y la figura de la curatela representativa.

Tratándose de las medidas de apoyo de naturaleza judicial, corresponden a la curatela y al defensor judicial, las que según el ya mencionado artículo 249 CCE, solo procederán en defecto o insuficiencia de la voluntad de la persona de que se trate, por lo que en ese sentido, se conciben como la *última ratio* del sistema español de medidas de apoyo, sobre todo en lo que respecta a la curatela.

En ese sentido, es dable afirmar que aquellas medidas de apoyo informales y las voluntarias pueden existir en paralelo con las medidas judiciales, en casos en que estas se establecen cuando aquellas no son suficientes, “así puede coexistir la vigencia de un poder o mandato preventivo con el nombramiento de curador [...] todas las medidas de apoyo y con tal la curatela, deberán ajustarse a los principios de subsidiariedad, necesidad, proporcionalidad y mínima intervención” (Berrocal, 2022, p.443).

Así, en virtud del artículo 250.5 CCE, la curatela se define como una medida formal de apoyo que se aplicará a quienes precisen de apoyo de modo continuado y su extensión vendrá determinada en la correspondiente resolución judicial. Mientras que el defensor judicial es una medida formal que procederá cuando la necesidad de apoyo se precise de forma ocasional, aunque sea recurrente, de conformidad al artículo 250.6 CCE. En consecuencia, se diferencian en que “la curatela reúne las notas de permanencia y estabilidad mientras que la segunda es circunstancial u ocasional” (Guilarte, 2021, p.539).

En cuanto a la curatela, esta se constituirá “normalmente tras un procedimiento de jurisdicción voluntaria que pasará a ser contencioso si se formula oposición” (García Rubio, 2021a, p.13), por lo que de conformidad al artículo 269 CCE, la autoridad judicial constituirá la curatela mediante resolución motivada, siempre que no exista otra medida de apoyo que sea suficiente para la persona con discapacidad, determinando específicamente los actos en los que el curador brindará la asistencia a la persona en el ejercicio de su capacidad jurídica. Debido a lo anterior, cuando el juez determina que es necesario un apoyo, y una vez “excluida la existencia de medidas voluntarias o informales suficientes y adecuadas, ha de fijar el tipo de apoyo que precisa la persona y que se corresponderá con la función a desplegar por el curador” (Guilarte, 2021, p.691), las que pueden ser de carácter asistencial, y excepcionalmente, de representación, dependiendo de las circunstancias concretas del caso.

Es por lo anterior que la curatela “se perfila como la figura de apoyo con mayor densidad normativa” (García Rubio, 2021b, p.105), lo cual no implica que sea aquella que se aplica preferentemente, de hecho, como ya se mencionó, se trata de la *última ratio* respecto de las otras medidas de apoyo, aplicándose de forma supletoria al resto de las medidas, lo cual se adecúa a los principios rectores del nuevo sistema español de ejercicio de la capacidad jurídica.

Sobre el particular, los artículos 268 y 269 CCE consagran principios generales aplicables a todas las medidas de apoyo, pero también otros que rigen concretamente a la curatela. Respecto de

los principios generales, corresponde a aquellos que establece el artículo 249 CCE, consistentes en el principio de proporcionalidad y de necesidad, que ya fueron desarrollados con anterioridad. Acerca de los principios en particular de la curatela, entre ellos se encuentra el principio de autonomía, de temporalidad y de revisión.

Sin ánimo de exhaustividad, el principio de autonomía en el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, es en realidad un principio rector de todo el sistema de apoyos, pues está consagrado por la CDPD, y que, en el ámbito de la curatela, consiste en que todas las personas tienen la posibilidad de autodeterminarse y tomar decisiones por su cuenta, y en aquellos en los que existen dificultades para ello, deberá ser apoyada, lo cual supone que “la autoridad judicial aplique estrictamente la necesidad y proporcionalidad y garantice una esfera de autonomía individual lo más extensa posible en atención a la situación personal, familiar y social de la persona” (Guilarte, 2021, p.686). En cuanto a los principios de temporalidad y de revisión se fundan en lo establecido por el artículo 268 CCE, que hace referencia a que las medidas judiciales deben ser revisadas periódicamente en un plazo máximo de 3 años, lo cual permite evitar influencias y abusos de quien ejerce el apoyo “pero además permiten confrontar nuevamente la medida adoptada [...] determinar si sigue siendo necesaria , si deben redefinirse los actos para los cuales la persona precisa apoyo y si el curador está cumpliendo su función” (Guilarte, 2021, p.687).

Estos principios tienen aún mayor envergadura en el caso de la curatela representativa, que se basa en que la persona con discapacidad “necesita ser sustituido para la realización de ciertos actos jurídicos” (Badenas, 2022, p.1792), variante de la curatela que se opone a la curatela asistencial.

Respecto de la curatela asistencial, se trata de una “medida de apoyo más flexible, caracterizándose por su contenido de asistencia, ayuda, información, supervisión, abarcando tanto la esfera personal o patrimonial de la persona con discapacidad, o ambas a la vez” (Berrocal, 2022, p.446). En consecuencia, no existe un régimen de sustitución de la voluntad en el caso de la curatela asistencial, mantiene un grado de autonomía en la toma de decisiones y en el ejercicio de su capacidad jurídica.

En cambio, la curatela representativa es excepcional, y se perfila como una medida de apoyo mucho más potente, pues el curador ejerce facultades de representación, dándose en aquellos casos en que “no sea posible determinar la voluntad, deseos y preferencias de la persona”(Berrocal, 2022, p.446), como lo es el caso de personas que nacieron con una discapacidad psicosocial, frente a lo cual, de conformidad al mentado artículo 249 CCE, se construirá esa voluntad a partir de la trayectoria vital de la persona con discapacidad, sus creencias y valores, así como los factores que ella hubiera tomado en consideración. con el fin de tomar la decisión que habría adoptado la persona en caso de no requerir representación. En ese marco, tanto respecto de la curatela asistencia como de la curatela representativa, el juez debe determinar específicamente aquellos actos en que el curador ejercerá facultades representativas o asistenciales respecto de la persona con discapacidad, existiendo incluso la posibilidad de que el curador ejerza ambas facultades respecto de distintos actos.

Teniendo en consideración todo lo anterior expuesto, cabe resaltar que la nueva regulación de la curatela simplifica el sistema existente antes de la reforma, mutando a una institución mucho más flexible, pues se “refunde lo que en el régimen precedente era la tutela (caracterizada por incluir funciones de representación) y la curatela (caracterizada por limitarse a funciones de asistencia, entendida como prestación de asentimiento al sujeto a curatela), en una sola figura” (Martínez, 2022, p.698).

Por otro lado, la figura del defensor judicial que contempla el artículo 250 CCE, como ya se mencionó, se trata de una medida formal de apoyo, de naturaleza judicial, que opera en aquellos casos en que la necesidad de apoyo o asistencia es ocasional, aunque sea recurrente. Esta medida de apoyo, “está prevista para situaciones en que exista conflicto de intereses entre la figura de apoyo y la persona con discapacidad o imposibilidad coyuntural de que la figura de apoyo habitual lo ejerza” (De Salas, 2022, p.26), de conformidad a lo dispuesto en el artículo 295 CCE, en el cual se establecen los cinco supuestos en los que se nombrará a un defensor judicial de la persona con discapacidad, las que se simplifican en la idea de que esta medida de apoyo “entra en juego en situaciones específicas de crisis en el funcionamiento de las medidas de apoyo, sustituyendo o supliendo a sus titulares”(Guilarte, 2021, p.832), por lo que necesariamente requiere de la intervención judicial para ser nombrado.

En ese orden de ideas, el artículo 295 CCE permite hacer una distinción entre el defensor judicial como medida de apoyo coyuntural ante impedimentos, conflicto de intereses u otras circunstancias específicas que obstaculicen la aplicación de las medidas de apoyo, correspondiente a los numerales primero a cuarto del mencionado precepto; y el defensor judicial como medida de apoyo autónoma u ocasional, que opera aún en casos en que de forma recurrente la persona con discapacidad requiera del apoyo, asociándose esta figura al numeral quinto del artículo 295 CCE (Guilarte, 2021, p.831).

Sin perjuicio de ello, respecto de ambos tipos de defensor judicial rigen los principios ya ampliamente analizados, incluyendo a los principios de temporalidad y revisión, los cuales en realidad rigen para todo el sistema de apoyos establecido por la legislación española. Lo anterior se evidencia en que “la autoridad judicial nombrará defensor judicial, una vez oída a la persona con discapacidad, a quien sea más idóneo para respetar, comprender e interpretar la voluntad, deseos y preferencias de aquella” (Guilarte, 2021, p.843), lo que va en consonancia con la idea central de todo el sistema de apoyos, pues “el respeto a la autonomía de la voluntad de la persona se sitúa como guía de actuación” (García Rubio, 2021a, p.14).

En opinión de algunos autores, la figura del defensor judicial ha cambiado de sobremanera en comparación con aquella existente con anterioridad a la reforma, además de que “no se clarifica en que habrá de consistir ese apoyo a prestar por el titular de la medida” (López, A. 2022, p.662), por lo que se aprecian lagunas en la regulación de esta medida de apoyo.

3. Salvaguardias

La CDPD, en su artículo 12.4, establece que los Estados partes deben asegurar que las medidas de apoyo al ejercicio de la capacidad jurídica deben ir acompañadas de salvaguardias o salvaguardas que sean “adecuadas y efectivas para prevenir abusos e influencias indebidas, basadas en la voluntad de la persona y no en su mejor interés” (García Rubio, 2021a, p.7).

Con la reforma de la ley 8/2021, el CCE contempla como salvaguardias una serie de mecanismos de control respecto de la persona que presta el apoyo, y otras salvaguardas para evitar que terceros ejerzan abusos o influencias sobre las personas con discapacidad que requieren del apoyo, y que se contemplan en el artículo 249 CCE, precisamente a partir de las medidas de apoyo.

En ese orden de ideas, las salvaguardas se establecen como:

Las medidas establecidas en la ley o adoptadas por la autoridad judicial para garantizar el adecuado ejercicio de la capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás personas, lo que exige conjurar los abusos, la influencia indebida o los conflictos de intereses; a ello deben añadirse aquellas que garanticen el respeto de los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona (Guilarte, 2021, p.526).

En razón de lo anterior, es posible identificar aquellas salvaguardias legales y salvaguardias judiciales. Respecto de las primeras, éstas se encuentran reguladas respecto de todo el nuevo sistema de apoyos, de manera general, y sobre ciertas medidas de apoyo en particular, por lo que están presentes a lo largo de todo el tratamiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad en la legislación española. Así, una de las más relevantes se establece en el artículo 249 CCE, que es el primer artículo del capítulo relativo a las medidas de apoyo en el CCE, y que en su inciso segundo, hace mención a que quienes asuman el papel de brindar apoyos, deberán ejercer su cargo de conformidad a la voluntad, deseos y preferencias de quien los requiera, operando como una gran limitación en el actuar de la persona que presta la asistencia. Cabe destacar que esta medida de salvaguardia es de suma importancia en el nuevo modelo de apoyos en el ejercicio de la capacidad jurídica de personas con discapacidad psicossocial.

También, es posible mencionar la salvaguardia que rige respecto de todas las medidas de apoyo, en lo atinente a la legitimación para ejercer el rol de titular de estas, pues en virtud del inciso octavo del artículo 250 CCE, no podrán ejercer ninguna medida de apoyo quienes, en virtud de una relación de una relación contractual, presten servicios asistenciales, residenciales, o de naturaleza análoga a la persona que precisa el apoyo. El legislador contempla esta salvaguardia con el objeto de impedir que ocurran hechos de abuso de confianza por parte quien presta el apoyo en contra de la persona a quien se lo brinda, sin embargo, “se trata de una norma prohibitiva que, con esa rotundidad, casa muy mal con la primacía de la voluntad de la persona que necesita y quiere el apoyo” (García Rubio, 2021a, p.9).

En el caso particular del guardador de hecho y del curador, la nueva ley 8/2021 incorpora salvaguardias, siendo tres las más relevantes. En primer lugar, la posibilidad de solicitar informes periódicos al guardador y al curador sobre la situación personal y patrimonial de la persona a quien se le brinda el apoyo. A continuación, ambos requieren de la intervención del juez con el fin de que determine con precisión respecto de aquellos actos en los que brindará el apoyo en el caso del curador o, en los que ejercerá facultades representativas, en el caso del guardador de hecho. Finalmente, la ley contempla la posibilidad de que el guardador de hecho rinda cuentas de su gestión, estando por otro lado, el curador obligado a ello (Guilarte, 2021, p.527)

Sin perjuicio de todo lo anterior, como ya se mencionó existen las salvaguardias judiciales, las que se basan en que el CCE faculta al juez para adoptar las salvaguardias que estime necesarias, las cuales estarán basadas, principalmente en:

La entrevista entre la autoridad judicial y la persona con discapacidad, aquella deberá interesarse en por el proyecto de vida de ésta, por sus preferencias, deseos y expectativas con el fin de verificar la necesidad de establecer tales salvaguardas y en qué esferas otras (Guilarte, 2021, p.527).

4. Análisis de jurisprudencia del Tribunal Supremo Español.

En este apartado se analiza la jurisprudencia emanada de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo Español, con objeto de ilustrar la forma en que los tribunales se adaptan a los postulados de

la CDPD en un momento anterior a la reforma de la legislación civil española en materia de capacidad y junto con esto, analizar si posterior a la reforma los tribunales han cambiado de alguna manera sus sentencias para adaptarlas a ella³⁴.

Para ello, es necesario distinguir tres momentos en la jurisprudencia, un primer momento que comienza con anterioridad al año 2009, un segundo momento que comienza luego de la ratificación de la CDPD en el año 2007, entrando en vigor y, en definitiva, integrando el ordenamiento jurídico español en el año 2008; y un tercer momento en el que se realiza la modificación a la legislación civil por la ley 8/2021 de 2 de junio del mismo año, para adecuarla a los estándares exigidos por la Convención.

Antes de realizar el análisis correspondiente, cabe hacer algunas precisiones con objeto de contextualizar la situación judicial que se vivía antes de la reforma del año 2021. En ese sentido, en los juicios de modificación de capacidad era posible discutir la capacidad de la persona respecto de dos grandes dimensiones; una dimensión patrimonial y una dimensión personal.

Así, en la dimensión patrimonial, se discutía la posible inhabilitación de la persona para administrar sus bienes, celebrar actos y contratos en materia laboral y social, otorgar testamentos y de disponer de “dinero de bolsillo” que era un monto fijado por el juez respecto del cual se podía hacer uso por la persona incapacitada a su discrecionalidad, sin necesidad de intervención de su tutor o curador.

Respecto de la dimensión personal, esta se basaba en el análisis de si la persona sometida a la inhabilitación podía regirse a sí mismo, realizando actos y tareas básicas de la vida cotidiana, principalmente destacando los hábitos alimentarios, la higiene y la posibilidad de desplazarse por sí mismo, así como si cuenta con las facultades para seguir tratamiento médico o psiquiátrico.

Según lo observado y valorado en estas dimensiones, el juez estaba habilitado para determinar si la persona respecto de la cual se discute su incapacitación, se le restringía su capacidad de obrar de manera parcial o totalmente y, según ello, decidir cuál era el régimen de representación a la que sería sometida, entre los que se encuentran la tutela, curatela, defensor judicial, régimen de guarda, o cualquier otro medio que se considerara adecuado.

El primer momento mencionado, se caracteriza por una diversidad en las resoluciones judiciales, en donde, no hay un criterio claro en la utilización del concepto de incapacidad, recurriendo en gran medida a la incapacitación total y por consiguiente del régimen tutelar, producto de un entendimiento rígido del antiguo artículo 200 CCE, que junto con reiterada jurisprudencia, da un concepto general de discapacidades como lo señala en sus fundamentos de derecho la STS 4047/2004, 11 de junio del año 2004, que supone que la base fáctica de la incapacitación:

Son las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que impiden a la persona gobernarse por sí misma, enfermedad que ha de ser constante, entendida como permanencia hacia el futuro, como dice la sentencia de 19 de febrero de 1996 y en el mismo sentido, matizando el concepto, la de 26 de julio de 1999;

³⁴ Cabe hacer una precisión a modo de simplificar la comprensión del sistema recursivo español, pues es muy parecido al funcionamiento del sistema chileno, debido a que comienza con una tramitación en primera instancia, la cual se realiza ante los Juzgados de Primera Instancia e Instrucción, cuya sentencia es recurrida a través de apelación, tramitada ante las denominadas Audiencias Provinciales y por último, el asunto puede ser conocido por el Tribunal Supremo que conoce a través de la interposición del recurso de casación (sin que ello constituya una nueva instancia).

*en todo caso, supone la carencia de aptitud para autogobernarse, como dice textualmente la sentencia citada de 31 de diciembre de 1991 y reitera la de 9 de mayo de 2002*³⁵.

Así siguiendo a la STS 3261/1998 de 19 de mayo de 1998, la capacidad era concebida como un atributo de la personalidad, la cual podía ser limitada por disposición expresa de la ley, presumiendo siempre “la capacidad mental, mientras no quede demostrado lo contrario”³⁶ por lo que se puede decir que en realidad el juicio de valor realizado a las personas con discapacidades únicamente se basaba en poseer una discapacidad sin dar mayor análisis a las singularidades de la misma y sin considerar aspectos propios de la individualidad de la persona para suprimir su voluntad, llegando a tal grado que la Sala de Tribunal Supremo llega a concluir que si “la extensión de la incapacitación es total; el régimen es el de tutela”³⁷.

De hecho, la sentencia en comento resuelve un recurso de casación interpuesto en contra de sentencia de apelación dictada por la Audiencia Provincial de Valladolid, de fecha 9 de marzo de 1995, que a su vez confirma la sentencia dictada en procedimiento contencioso ordinario de menor cuantía de incapacidad dictada con fecha 10 de octubre de 1994 por el Juzgado de Primera Instancia número cinco de Valladolid, en el cual se determina la incapacitación total -en un ámbito patrimonial y personal- de una persona con afectación de sus habilidades cognitivas en un 40%, en su considerando sexto de sus fundamentos de derecho concluye que la recurrente no pareciera refutar la declaración de la incapacidad, sino que su oposición a la “medida de guarda y protección de su persona” debido a que expresa que su estado físico y mental no perjudica su patrimonio pues ha adoptado medidas. Sin embargo, el Tribunal considera que la incapacitación es, en definitiva, “un estado civil indisponible, regulado por normas de *ius cogens*, que se refieren a la persona y a su patrimonio (no sólo a éste) y que da lugar a un sistema de guarda que en este caso es la tutela”³⁸

Finalmente, la sentencia en su considerando quinto de los fundamentos de derecho razona sobre la constitucionalidad de la declaración de incapacidad, afirmando que “la sentencia que constituye el estado civil de incapacitación respeta, como no podía ser menos, la dignidad de la persona [...] y se incardina dentro de la protección, en este caso jurídica y, como consecuencia, también personal, del incapacitado”

Esto se funda producto de una construcción jurisprudencial denominada “principio de protección al presunto incapaz” que se encuentra explicado en profundidad en la STS 5565/1999, 16 de septiembre de 1999, en donde se establece que este principio proviene “del principio de la dignidad de la persona, lo que debe inspirar aquella decisión judicial; ésta siempre se deberá apoyar en la realidad fáctica de la persona del presunto incapaz, comprobada por la prueba [...] pues, de inidoneidad natural para regir su persona y administrar y disponer de sus bienes, debe quedar claramente acreditada y correctamente valorada”³⁹.

Así, como es dable apreciar, este período de la jurisprudencia se basa en la concepción proteccionista de los individuos con discapacidades y de sus derechos, en donde, la declaración de la incapacidad era utilizada de manera homogénea, es decir, que solo bastaba con probar la discapacidad y no los matices de la misma en consideración a la persona. Es por ello que las personas que padecían

³⁵ Fundamentos de derecho, considerando primero, STS 4047/2004, 11 de junio de 2004 (ECLI:ES:TS:2004:4047)

³⁶ Fundamentos de derecho, considerando segundo, STS 3261/1998, 19 mayo de 1998 (ECLI:ES:TS:1998:3261)

³⁷ Fundamentos de derecho, considerando cuarto, STS 3261/1998, 19 mayo de 1998 (ECLI:ES:TS:1998:3261)

³⁸ Fundamentos de derecho, considerando sexto, STS 3261/1998, 19 mayo de 1998 (ECLI:ES:TS:1998:3261)

³⁹ Fundamentos de derecho, considerando segundo, STS 5565/1999, 16 septiembre de 1999 (ECLI:ES:TS:1999:5565)

discapacidades psicosociales, solo por el hecho de padecerlas, eran inhabilitadas tanto en la esfera patrimonial como en la esfera personal, negándoles la posibilidad de autodeterminarse.

El segundo momento de la jurisprudencia, que como ya mencionamos, data desde un poco después de la ratificación de la CDPD, específicamente desde el año 2009, se caracteriza por la aplicación de la misma en las decisiones jurisdiccionales con objeto de lograr su adaptación con lo dispuesto por el derecho interno.

La primera sentencia que se pronuncia al respecto es la STS 282/2009, de 29 de abril, en la cual se descarta que tanto el procedimiento de incapacitación regulado por el CCE y la constitución tanto de la curatela como de la tutela, fueren contrarias a los principios consagrados en la CDPD, por tanto, declarando que:

El sistema de protección establecido en el Código Civil sigue por tanto vigente, aunque con la lectura que se propone: "1.º Que se tenga siempre en cuenta que el incapaz sigue siendo titular de sus derechos fundamentales y que la incapacitación es sólo una forma de protección. 2.º La incapacitación no es una medida discriminatoria porque la situación merecedora de la protección tiene características específicas y propias"⁴⁰.

En ese mismo sentido, el Tribunal Supremo lo ha entendido en la STS 3535/2017 del 11 de octubre en sus fundamentos de derecho, específicamente en su considerando tercero, que concluye que el sistema de protección dispuesto en la legislación interna deberá siempre adaptarse a la concreta necesidad de protección de la persona afectada por discapacidad, lo que, por tanto debe plasmarse en su graduación, la cual debe ser tan variada como lo son las limitaciones de la personas en relación con el contexto en que éstas se desarrollan .

Para lograr ello, la jurisprudencia se vio obligada a crear ciertos principios que rijan los procedimientos de incapacitación para realizar una completa adaptación, específicamente se trata de siete principios y se encuentran debidamente plasmados y explicados en la sentencia STS 1894/2021 del 6 de mayo.

En primer lugar, el principio de presunción de la capacidad de las personas, consistente en la consideración de que toda persona es capaz de autogobernarse, en tanto no se demuestre, cumplidamente, que carece de las facultades para autodeterminarse⁴¹, siendo relevante destacar que una conducta extravagante, inusual o desviada no es sinónimo de enajenación.

También forma parte de los principios jurisprudenciales el principio de flexibilidad, que implica que el sistema de protección no debe ser rígido ni estándar, sino que se debe adaptar a las necesidades concretas de protección de la persona afectada⁴², siendo el resultado del juicio sobre la capacidad en palabras de la STS 341/2014, de 1 de julio un “traje a medida” para la cual se necesita que el tribunal posea “una convicción clara de cuál es la situación de esa persona, cómo se desarrolla su vida ordinaria, qué necesidades tiene, cuáles son sus intereses personales y patrimoniales, y en qué

⁴⁰ Fundamentos de derecho, considerando séptimo, STS 282/2009 de 29 de abril 2009.

⁴¹ La sentencia TS 1894/2021 del 6 de mayo, menciona que las sentencias que han fallado en el mismo sentido son las 421/2013, de 24 de junio; 235/2015, de 29 de abril; 557/2015, de 20 de octubre y 145/2018, de 15 de marzo.

⁴² La sentencia TS 1894/2021 del 6 de mayo, menciona que las sentencias que han fallado en el mismo sentido son las 282/2009, de 29 de abril, 244/2015, de 13 de mayo. La misma fórmula utilizan sentencias 557/2015, de 20 de octubre y 373/2016, de 3 de junio al concluir que se debe responder a una "valoración concreta y particularizada de cada persona".

medida precisa una protección y ayuda”⁴³ junto con esto, se agrega que la decisión debe ser esencialmente revisable.

El tercer principio, es el de aplicación restrictiva, en donde se plantea que la incapacitación de una persona, ya sea total o parcial, debe hacerse siguiendo un criterio restringido debido a las restricciones de derechos fundamentales que implica, siendo factible únicamente como sistema de protección⁴⁴, se agrega además que la pérdida del derecho de sufragio no es una consecuencia necesaria de la declaración de interdicción.

Relacionado con el principio que lo precede, está el principio de la no alteración de la titularidad de los derechos fundamentales, importa que la declaración de incapacidad “al igual que la minoría de edad”⁴⁵ no cambia la titularidad de los derechos fundamentales, pero sí su forma de ejercerlos.

Uno de los principios más importantes y ya existente con anterioridad-según lo visto al hablar del primer momento de la jurisprudencia- es el principio del interés superior de las personas con discapacidad o también llamado interés superior del discapaz, que se configura como un concepto jurídico determinado, sometido a ponderación judicial según las concretas circunstancias del caso cuya finalidad como señala la STS 2805/2018 de 18 de julio es “mantener al discapaz en su entorno social, económico y familiar en el que se desenvuelve y como corolario lógico su protección como persona especialmente vulnerable en el ejercicio de los derechos fundamentales a la vida, salud e integridad”⁴⁶, también se entiende como parte de este principio que el juicio de modificación de la capacidad no pueda concebirse como un conflicto de intereses privados, sino que debe considerarse como un cauce para la efectiva y real protección de la persona con discapacidad.

El principio de consideración de los propios deseos y sentimientos de la persona con discapacidad, es una manifestación del derecho de autodeterminación exigido por la CDPD, del cual se desprende la necesidad de respetar la autonomía individual, en la cual se encuentra incluida la libertad de tomar las propias decisiones, siempre que no se determine que la voluntad manifestada no esté afectada por el transcurso de la enfermedad que padece la persona, por lo que se concluye que debe ser utilizado en la medida de lo posible.

Por último, encontramos el principio de fijación de apoyos, que se considera como el resultado de la evolución desde un sistema de sustitución en la toma de decisiones a un sistema de apoyos para tomarlas, de modo de que las personas con discapacidad puedan hacer efectivos sus derechos, aunque no solo ello, sino que se extiende a todos los ámbitos de la vida, tanto, personales, económicos y patrimoniales, cabe destacar, que en el ordenamiento jurídico español el sistema de apoyos está integrado principalmente por la tutela y la curatela, sin perjuicio de los otros medios regulados.

Así la STS 3376/2017 de 27 de septiembre, describe a la tutela como aquella forma de apoyo más intensa que puede “resultar necesaria cuando la persona con discapacidad no pueda tomar decisiones en los asuntos de su incumbencia, ni por sí misma ni tampoco con el apoyo de otras

⁴³ Fundamentos de derecho, considerando séptimo, STS 341/2014, 1 de junio 2014.

⁴⁴ La sentencia TS 1894/2021 del 6 de mayo, menciona que las sentencias que han fallado en el mismo sentido son 421/2013 de 24 de junio, 544/2014 de 20 de octubre, 341/2014 de 1 de julio y 716/2015 de 17 de diciembre.

⁴⁵ La sentencia TS 1894/2021 del 6 de mayo, menciona que las sentencias que han fallado en el mismo sentido son 617/2012, de 11 de octubre; 421/2013, de 24 de junio; 341/2014, 1 de julio, 544/2014, de 20 de octubre; 244/2015, de 13 de mayo; 216/2017, de 4 de abril y 118/2018, de 6 de marzo.

⁴⁶ Fundamentos de derecho, considerando tercero, STS 2805/2018 de 18 de julio 2018 (ECLI:ES:TS:2018:2805).

personas”⁴⁷ por lo que se requiere de un tutor para que represente a la persona. La curatela por su lado, es descrita como “un apoyo de menos intensidad que, sin sustituir a la persona con discapacidad, le ayude a tomar las decisiones que le afecten”⁴⁸ y por tanto, actúa como complemento de la capacidad.

Como se puede apreciar en esta segunda etapa jurisprudencial, si bien, hubo un avance en materia de discapacidades psicosociales, especialmente porque se logró la modernización de tratamiento de las mismas, creando una conciencia en los jueces de lo gravoso que significa la declaración de la incapacidad de una persona. A partir de ello, resultaría forzoso concluir que el sistema del CCE se adapta a los estándares de la CDPD, debido a que, la principal cuestión que defiende la Convención es el ejercicio pleno y en igualdad de condiciones de la capacidad jurídica de obrar, prohibiendo así cualquier sistema de representación legal.

Sin perjuicio de lo anterior, a nuestra perspectiva el gran problema está en el “principio del interés superior del discapacitado”, ya que, en primer lugar, pareciera asimilar a las personas con discapacidad a los menores de edad, además de que es que, en pro de dicha protección, basada en la restricción de la capacidad y sustitución de la voluntad. Lo anterior porque implica que terceros decidan qué es lo mejor para satisfacer intereses personales y patrimoniales de la persona con discapacidad, relegando la voluntad y preferencias de cada persona a un segundo plano, avalando así instituciones como la tutela y la curatela que implican, aunque sea de manera parcial, una restricción de la capacidad.

La correcta interpretación de los postulados de la Convención supone que se debe aspirar a un procedimiento judicial que conduzca a una resolución jurídica que determine aquellos actos para los que la persona con discapacidad necesita apoyos, y en ningún caso la declaración de incapacitación ni privación de derechos, por lo que la modificación realizada a la legislación era completamente necesaria para lograrlo.

Así, el tercer momento dentro de la jurisprudencia, es aquel que surge con posterioridad a la reforma introducida en el CCE, por la ley 8/2021, en donde, se produce una adaptación de las decisiones jurisprudenciales para hacerlas acordes al derecho vigente.

Es por ello que es necesario analizar la STS 3276/2021 de 8 de septiembre, la cual se pronuncia respecto del recurso de casación interpuesto en contra la sentencia de apelación dictada el día 19 de junio de 2019 por la sección 5º de la Audiencia Provincial de Asturias que a su vez confirma sentencia dictada con fecha 18 de marzo de 2019 en juicio verbal seguido por el Juzgado de Primera Instancia nº9 de Oviedo.

A modo de describir brevemente los hechos, cabe destacar que se trata de un juicio que tiene por objeto modificar la capacidad de obrar de una persona que padece lo que se denomina “síndrome de Diógenes”, el cual, a juicio de los juzgadores en base de informe de peritos, le impide realizar el correcto cuidado de su salud e higiene, así como la higiene del inmueble en que reside.

Sin perjuicio de lo anterior, cabe destacar que el tribunal de segunda instancia en su razonamiento establece que el recurrente presenta un nivel de conciencia, pensamiento y lenguaje

⁴⁷ Fundamentos de derecho, considerando segundo, nº2, STS 3376/2017 de 27 de septiembre de 2017 (ECLI:ES:TS:2017:3376).

⁴⁸ Fundamentos de derecho, considerando segundo, nº2, STS 3376/2017 de 27 de septiembre de 2017 (ECLI:ES:TS:2017:3376).

adecuado, memoria correcta y un límite normal de inteligencia, posiblemente de nivel algo bajo, pero que de igual forma, el hecho de presentar el síndrome, lo incapacita.

Se destaca que la persona respecto de la cual se busca la incapacitación, expresamente se opuso a la provisión de apoyos, debido a que a su juicio no padecía ninguna enfermedad o deficiencia psíquica permanente que justificara la declaración de incapacidad para regir su persona y sus bienes.

Respecto del razonamiento del Tribunal Supremo, éste se puede dividir en tres aspectos fundamentalmente.

Lo primero, dice relación con que al momento de interponerse el recurso de casación, la reforma introducida por la ley 8/2021 estaba a punto de ser publicada, por lo que se decide por el Tribunal, en concordancia con las disposiciones transitorias de la misma –que se refieren a los procesos en tramitación antes de la entrada en vigor de la reforma se tramitarán conforme a ella y la revisión de medidas ya acordadas–, “dar vista” a las partes para que éstas se pudieran informar sobre la incidencia de la reforma en el presente caso y realizar un nuevo señalamiento para la votación y fallo del recurso de casación.

Junto con ello, se destaca que se deja sin efecto la sentencia dictada en primera instancia que declara la incapacidad, debido a que con la ley 8/2021, desaparece cualquier declaración judicial de modificación de la capacidad.

En segundo lugar, en este nuevo examen el Tribunal Supremo, se esbozan las modificaciones de la reforma, concluyendo que esta suprime la declaración de la incapacidad y se centra en la provisión de apoyos para que las personas con discapacidades puedan ejercer adecuadamente su plena capacidad jurídica en condiciones de igualdad, “sin perjuicio de la adopción de las salvaguardas oportunas para asegurar que el ejercicio de las medidas de apoyo se acomoda a los criterios legales, y en particular, que atienda a la voluntad, deseos y preferencias de la persona que las requiera”⁴⁹, destacando que dichos apoyos judiciales no prefieren por sobre aquellos que el interesado hubiera previsto con anterioridad en el ejercicio de su voluntad.

En relación con lo anterior, destaca que las medidas tomadas por la autoridad judicial en el procedimiento de provisión de apoyos serán proporcionales a las necesidades de la persona, atenderán a sus deseos y preferencias, además de que respetarán la autonomía de la misma en el ejercicio de su capacidad. En consecuencia, los regímenes de tutela y curatela consagrados en el CCE anterior a la modificación, establecidos para aquellos que precisaban un apoyo continuo, fueron reemplazados por el régimen de curatela, el cual es un régimen flexible cuyo contenido y extensión se fija judicialmente atendiendo a las circunstancias y necesidades de la persona a favor de la que disponen.

Además, el Tribunal en su análisis extrae aquellos elementos que considera caracterizadores de la reforma:

i) es aplicable a personas mayores de edad o menores emancipadas que precisen una medida de apoyo para el adecuado ejercicio de su capacidad jurídica;

⁴⁹ Fundamentos de derecho, considerando tercero, n°1, STS 3276/2021, 8 de septiembre (ECLI:ES:TS:2021:3276).

ii) la finalidad de estas medidas de apoyo es «permitir el desarrollo pleno de su personalidad y su desenvolvimiento jurídico en condiciones de igualdad» y han de estar «inspiradas en el respeto a la dignidad de la persona y en la tutela de sus derechos fundamentales»;

iii) las medidas judiciales de apoyo tienen un carácter subsidiario respecto de las medidas voluntarias de apoyo, por lo que sólo se acordarán en defecto o insuficiencia de estas últimas;

iv) no se precisa ningún previo pronunciamiento sobre la capacidad de la persona; y

v) la provisión judicial de apoyos debe ajustarse a los principios de necesidad y proporcionalidad, ha de respetar la máxima autonomía de la persona con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica y debe atenderse en todo caso a su voluntad, deseos y preferencias⁵⁰.

Finalmente, en el análisis que efectúa el Tribunal del caso en concreto, sostiene que las medidas de apoyo acordadas por la Audiencia Provincial –en este caso la curatela respecto de higiene del hogar– responden a las necesidades de la persona respetando su autonomía, atendiendo al hecho de que la persona respecto de la cual se solicitan los apoyos expresamente se opone a los mismos.

En ese sentido, se razona en los fundamentos de derecho de la sentencia en su considerando cuarto, que si bien el Juez no debe perder de vista el principio de intervención mínima, el respeto máximo a la autonomía de la persona con discapacidad y que el contenido de la curatela consista en medidas de asistencia, cuando resultan insuficientes las otras medidas de apoyo “cabría dotar a la curatela de funciones de representación” para que “el afectado pueda ejercitar sus derechos por medio de su curador”

Ello cuando la “discapacidad afecte directamente a la capacidad de tomar decisiones y de autodeterminación, con frecuencia por haber quedado afectada gravemente la propia consciencia, presupuesto de cualquier juicio prudencial ínsito al autogobierno, o, incluso, en otros casos, a la voluntad”.

Así se razona en torno al art. 268 CCE, que prescribe que en la provisión de apoyos judiciales hay que atender en todo caso a la voluntad, deseos y preferencias del afectado, lo que implica que “se debe tener en cuenta (siempre y en la medida de lo posible) [...] pero no determina que haya que seguir siempre el dictado de la voluntad, deseos y preferencias manifestados por el afectado” si existe una causa que lo justifique.

Por lo que, en casos como el presente en donde el trastorno le impide tener conciencia de la situación en la que se encuentra y por consiguiente, le impide advertir su carácter patológico y la necesidad de ayuda, es que “existe una clara necesidad asistencial cuya ausencia está provocando un grave deterioro personal, una degradación que le impide el ejercicio de sus derechos y las necesarias relaciones con las personas de su entorno” estando justificada entonces la adopción de medidas asistenciales aún contra de la voluntad.

La razón que subyace lo anterior, es que a juicio del Tribunal “no intervenir en estos casos, bajo la excusa del respeto a la voluntad manifestada en contra de la persona afectada, sería una crueldad social, abandonar a su desgracia a quien por efecto directo de un trastorno (mental) no es consciente del proceso de degradación personal que sufre”, por lo que se resuelve la designación de un curador

⁵⁰ Fundamentos de derecho, considerando cuarto, nº1, STS 3276/2021, 8 de septiembre (ECLI:ES:TS:2021:3276).

que realice los servicios de limpieza y orden del hogar y asegurar la efectiva atención médico-asistencial.

A partir del análisis anterior, podemos concluir que dicha sentencia a pesar de haber sido pronunciada en atención a la reforma al estatuto de la capacidad, sigue obrando en la lógica anterior a ella, esto no solo porque en vista del “bien común” se restringe implícitamente la capacidad de una persona que cognoscitivamente no tiene ninguna afección- como fue corroborado por el Tribunal- en contra de su autonomía personal, deseos y preferencias, sino que también pareciera estar implícito en ella lo denominado principio del interés superior de la personas discapacitada, en donde el tribunal, interpretando la nueva normativa en pro de la protección y utilizando juicios de valor, se aleja del respeto a la capacidad jurídica exigida por los estándares internacionales.

Sin embargo, lo que parece más preocupante es el hecho de que dicha sentencia está abriendo un margen de discrecionalidad en la jurisprudencia, utilizándose sus fundamentos para restringir ocultamente la capacidad jurídica de las personas, como es el caso de la STS 964/2022 de 21 de diciembre, en donde se utilizan los fundamentos de la sentencia analizada para construir un criterio respecto de lo que el juez debe realizar en caso de que la persona se oponga a las medidas de apoyo.

IV. CONSIDERACIONES FINALES

A modo de concluir el presente análisis, es imperativo hacer mención de los avances en materia de capacidad jurídica que se perciben en la legislación española, además de identificar aquellos desafíos que el legislador chileno debiera asumir para que el sistema de capacidad jurídica actualmente vigente sea armónico con lo establecido por la CDPD y demás tratados internacionales en la materia.

En ese sentido, es necesario que el legislador civil chileno, al igual como lo hizo España con la reforma de la ley 8/2021, revise aquellas normas relativas a la incapacidad absoluta por “demencia” de las personas con discapacidad psicosocial contenidas en el CC, y junto con ello, las normas que aluden al procedimiento de declaración de interdicción de la persona con dificultades para ejercer su capacidad jurídica, que como ya se expresó en la presente investigación, supone privar al individuo de la administración de sus bienes y al subsecuente nombramiento de un curador que lo representará en ello y en la celebración de actos jurídicos. Sin ir más lejos, se debe propender a la derogación de dichos preceptos, pues limitan total o parcialmente la capacidad, lo que contraviene lo dispuesto por la CDPD, en su artículo 12.2.

A este respecto, es importante mencionar que no basta solo con consagrar que todas las personas son capaces jurídicamente, ni tampoco con eliminar la expresión “demente” de la legislación civil, sino que son imperativos una serie de cambios en el tratamiento de la capacidad jurídica, a saber, no solo superar la distinción entre capacidad de goce y capacidad de ejercicio, sino que también definir qué se entiende por capacidad jurídica. Pero por sobre todo, y con el objeto de fortalecer la autonomía de las personas con discapacidad y para concretizar la idea de que todos los sujetos tienen capacidad jurídica, es de suma importancia que el legislador civil chileno establezca un sistema de apoyos, pues desde una perspectiva de derechos humanos, una discapacidad psicosocial no debe constituir una razón para despojar de capacidad jurídica.

Sobre el particular, si el sujeto tiene la posibilidad de manifestar su voluntad, pero tiene dificultades para ello, no se debe declarar incapaz jurídicamente, sino que es necesario que el Estado

brinde los apoyos y salvaguardias necesarios para que pueda superar los impedimentos que se le presentan, y pueda ejercer su capacidad jurídica en igualdad de condiciones con el resto de las personas.

El mencionado sistema de apoyos con sus adecuadas salvaguardias es lo que, a nuestro juicio, supone el mayor aporte de España y que Chile debería adoptar, pues aun cuando existe la intervención de un tercero, este ocupa el rol de apoyo o asistente en el proceso de toma de decisiones, por lo que su papel es de acompañar y no el de representar, como sucede actualmente en nuestro país.

En ese orden de ideas, es de vital importancia que el sistema de sustitución de la voluntad mute a un sistema de apoyos basados en la asistencia de las personas con discapacidad psicosocial para el ejercicio de su capacidad jurídica, puesto que en Chile —a diferencia de España que solo en casos muy excepcionales contempla medidas de apoyo con funciones representativas, otorgando preferencia a aquellas medidas de apoyo voluntarias determinadas por la misma persona con discapacidad—, la regla general es la sustitución de la voluntad de la persona con discapacidad psicosocial por medio de la representación.

Es precisamente respecto de las medidas de apoyo, que la nueva legislación civil española impone al titular de las medidas de apoyo que esta debe brindar la asistencia a la persona con discapacidad en atención a la voluntad, deseos y preferencias de ella, y en aquellos casos en que esto no sea posible por las circunstancias, debe considerar la historia de vida o trayectoria vital. Lo anterior se vincula con que a la luz de la CDPD, el legislador español contempla una serie de principios que conducen todo el sistema de apoyos, de entre los cuales se encuentra el principio de necesidad, subsidiariedad, temporalidad y proporcionalidad.

Asimismo, y una vez implementado el modelo de apoyos, sería necesario que el Registro Civil opere como registro público, en el que como forma de publicidad y de certeza jurídica respecto de terceros, dé a conocer la existencia de medidas de apoyo respecto de una persona. Tal y como es en España, en donde las medidas de apoyo figuran en el registro individual de cada persona, aunque únicamente respecto de aquellos casos en que medie intervención judicial.

Sin perjuicio de lo expuesto, es de relevancia destacar que no todos los elementos del nuevo sistema español suponen una hoja de ruta para el legislador chileno. Además de las que ya mencionaron a lo largo de esta investigación, cabe hacer mención que la legislación civil española actualmente no distingue entre las diversas discapacidades, por lo que malamente distingue entre discapacidad psicosociales. Es claro que ello no puede efectuarse a través de la ley, pero sí sería necesario ya sea por medio de reglamentos, pues hay ciertos casos en los que la realidad supera al Derecho, en los que es sumamente complicado brindar el apoyo o ejercer facultades representativas tratando de construir la voluntad de la persona con discapacidad a partir de su trayectoria vital, en atención al grado de discapacidad que experimenta la persona.

BIBLIOGRAFÍA

Alessandri, A. (2010). *La nulidad y la rescisión en el Derecho Civil chileno Tomo I*. Editorial Jurídica de Chile.

Bach, M. y Kerzner, L. (2010). *A new paradigm for protecting autonomy and the right to legal capacity*. Disponible en <https://www.lco-cdo.org/wp-content/uploads/2010/11/disabilities-commissioned-paper-bach-kerzner.pdf>

Badenas, J. (2022). Cuestiones relativas a la aplicación de la ley 8/2021, de medidas de apoyo, en el ámbito familiar. *Actualidad jurídica iberoamericana*, (17), 1780-1797.

Benavides, A. (2015). Capacidad jurídica: una reflexión necesaria a la luz de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. *Anuario De Derechos Humanos*, (11), 39–56. <https://doi.org/10.5354/adh.v0i11.37487>

Berrocal, A. (2022). El régimen jurídico de la curatela representativa como institución judicial de apoyo de las personas con discapacidad. *Actualidad jurídica iberoamericana*, (17), 426-497.

Claro, L. (1937). *Explicaciones de Derecho Civil chileno y comparado. Tomo IX*. Editorial Nascimento.

De Salas Murillo, S. (2022). El nuevo sistema de apoyos para el ejercicio de la capacidad jurídica en la Ley española 8/2021, de 2 de junio: panorámica general, interrogantes y retos. *Revista Actualidad Jurídica Iberoamericana*, (17), 16 - 47.

Ducci, C. (2005). *Derecho civil. Parte general*. Editorial jurídica de Chile.

Fernández, M. (2010). La discapacidad mental o psicosocial y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. *Revista de derechos humanos*, (11), 10-17

García Rubio, M. (2021).

- a) Contenido y significado general de la reforma civil y procesal en materia de discapacidad. Editorial Jurídica Sepin, 1-17.
- b) La reforma de la discapacidad en el Código Civil. Su incidencia en las personas de edad avanzada. *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 81-110.

García Rubio, M.. (2018). Las medidas de apoyo de carácter voluntario, preventivo o anticipatorio. *Revista de Derecho civil*, 5(3), 29-60.

Guilarte, C. (Ed.). (2021). *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad: Volumen III*. Editorial Aranzadi, SAU.

Jarufe, D. (2022). La capacidad de ejercicio: un análisis crítico de las normas del Código Civil y la necesidad de su modernización, más allá de la interpretación del artículo 12 de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. *Revista Chilena de Derecho Privado*, (38), 9-61 <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-80722022000100009>

Lathrop, F. (2019). Discapacidad intelectual: análisis crítico de la interdicción por demencia en Chile. *Revista de derecho (Valdivia)*, 32(1), 117-137. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502019000100117>

- Lathrop, F. (2022). La protección de las personas con discapacidad en el derecho chileno. *Revista Actualidad Jurídica Iberoamericana*, (17), 230-259.
- López, A. (2022). Reflexiones sobre el art.12 de la Convención de Naciones Unidas de 2006 y su controvertida exégesis por el Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad”. *Revista Actualidad Jurídica Iberoamericana*, (16 bis), 636-667.
- López, C. (2005). *Manual de Derecho de familia y tribunales de familia*. Editorial Librotecnia.
- Marshall, P. (2020). El ejercicio de derechos fundamentales de las personas con discapacidad mental en Chile: Derecho Internacional, enfoque teóricos y casos de estudio. *Revista de Derecho (Concepción)*, 88(247), 45-81. <https://dx.doi.org/10.29393/rd247-2pmed10002>
- Martínez de Aguirre, C. (2022). Líneas básicas de la reforma del Código civil español sobre el régimen jurídico de la discapacidad psíquica. *Actualidad jurídica iberoamericana*, (16), 690-711.
- Observatorio de Derecho Humanos de las Personas con Discapacidad Mental. (2014). *Derechos Humanos de las Personas con Discapacidad Mental: Diagnóstico de la Situación en Chile*.
- Palacios, A., (2008) *El modelo social de la discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad*, Ediciones Cinca, Madrid.
- Palacios, A., (2017). El modelo social de la discapacidad y su concepción como una cuestión de derechos humanos. *Revista Colombiana de Ciencias Sociales*, 8 (1), 19-23. <https://doi.org/10.21501/22161201.2190>
- Vodanovic, A. (2001). *Manual de Derecho Civil. Segundo volumen de las partes preliminar y general*. Editorial Jurídico Conosur Ltda.