

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

THE CAPACITY OF EXERCISE:
A CRITICAL ANALYSIS OF THE RULES
OF THE CIVIL LAW AND THE NEED
FOR A MODERNIZATION, BEYOND
THE INTERPRETATION OF THE ARTICLE 12
OF THE INTERNATIONAL CONVENTION
ON THE RIGHTS OF PERSONS WITH
DISABILITIES

9

Daniela Jarufe Contreras*

RESUMEN

Las normas sobre capacidad dispuestas en nuestro *Código Civil* y el sistema rígido y dicotómico que éstas amparan requieren de una actualización. En este trabajo pretendemos dar cuenta de la necesidad de revisar el sistema de capacidad de obrar vigente y su adecuación a la realidad (más allá de aquella interpretación sesgada del artículo 12 de la Convención y que prescinde de una lectura civil). Hoy existen mecanismos flexibles que permiten a toda persona, con o sin discapacidad, que presenta dificultades

* Doctora en Derecho. Académica de Derecho civil, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Talca. Correo electrónico: daniela.jarufe@utalca.cl

Trabajo en el marco del proyecto FONDECYT de iniciación n.º 11190924.

Recepción: 2021-06-10; aceptación: 2021-08-04.

para el ejercicio de sus derechos, actuar válidamente en el ámbito jurídico. Tales modelos buscan promover el respeto, todo cuanto sea posible, de la autonomía de la voluntad, sin que ello implique ni la desprotección de sujetos que son por definición vulnerables, ni la caída del principio de certeza jurídica, ni tampoco una ventaja injusta que les favorezca de manera especial frente a otros contratantes. La reciente reforma del *Código Civil* español parece dar algunas luces de aquel equilibrio.

PALABRAS CLAVE: capacidad; capacidad de ejercicio; discapacidad

ABSTRACT

The norms on capacity established in our Civil Code and the rigid and dichotomous system that they protect require an updating. This work aims to account for the need to review the current capacity to act system and its adaptation to reality (beyond that biased interpretation of article 12 of the Convention that dispenses with a civil reading). Today there are flexible mechanisms that allow everyone, with or without disabilities, who has difficulties in exercising their rights, to act validly in the legal field. Such models seek to promote respect, as much as possible, for the autonomy of the will, without implying neither the lack of protection of subjects who are by definition vulnerable, nor the fall of the principle of legal certainty, nor an unfair advantage that favor in a special way over others contracting parties. The recent reform of the Spanish Civil Code seems to shed some light on that balance.

KEYWORDS: capacity; capacity of exercise; disabilities

INTRODUCCIÓN

Creemos que Chile requiere una revisión íntegra y transversal de las disposiciones relativas a la denominada capacidad de obrar¹, tanto de carácter sustantivo como procedimental, a fin de derivar en una legislación más acorde a la realidad actual que, sin duda, escapa de la rígida dicotomía entre capaz e incapaz. Hoy existen mecanismos que no implican la incapacita-

¹ Cuando digamos solo “capacidad” deberá entenderse como de obrar. Por su parte, cuando así sea necesario, nos referiremos a la voz “capacidad jurídica”, diferenciando entre lo que se entendía por tal hasta antes de la reforma del ordenamiento jurídico español (capacidad de goce), de lo que entiende, o algunos creen que entiende, la Convención.

ción y que permiten que todos quienes vean mermadas sus facultades, ya sea para elaborar el proceso de formación de su voluntad o para manifestarla, puedan actuar en la vida del Derecho.

La sola equiparación de la capacidad desde una óptica legal no modifica el que estemos frente a sujetos vulnerables. Se trata, por ejemplo, de los niños; quienes han sufrido algún accidente que les impida valerse por sí mismos; los consumidores respecto de sus relaciones de consumo; quienes padecen de enfermedades psiquiátricas que, ya sea de manera permanente o transitoria obstan su discernimiento; y, también de algunas personas con discapacidad psíquica o intelectual².

Así, no basta con eliminar las figuras de la incapacidad, la interdicción, y las consiguientes guardas respecto de los mayores de edad. Si no estructuramos a la vez un sistema que permita que tales personas, hoy consideradas incapaces, puedan efectivamente ejercer su capacidad, entonces no estaremos sino frente a un mero acto de proselitismo que el Derecho no puede amparar.

Si bien el problema planteado envuelve una relevante dimensión social y requiere de una gran sensibilidad humana, no pueden por ello obviarse los principios fundamentales del ordenamiento jurídico y, en particular, del *Código Civil*. Aun cuando afirmemos que todos tenemos voluntad, el Derecho (más allá del solo ámbito de los Derechos Humanos) no puede desconocer que hay quienes presentan dificultades ya sea para elaborarla de manera libre y espontánea o para manifestarla. A tales personas, hasta hoy, el legislador ha preferido excluirlas del tráfico jurídico, por considerarlas absolutamente incapaces.

Nos parece adecuado acudir a la experiencia extranjera, en especial al caso de España; país que, con el deseo (al menos declarado) de adaptar sus disposiciones a la CIDPD tras un largo camino y numerosas enmiendas, ha publicado la reforma del *Código Civil* y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, estableciendo un sistema que, aunque en algunos aspectos es mejorable, tiende a preservar la debida protección, a la vez que respeta la autonomía de la voluntad, siempre que sea posible.

Estamos a tiempo de un análisis técnico, coherente, y también realista, de una materia de sumo compleja de abordar, que requiere no solo de profundas reflexiones (desde la mirada civil que nos corresponde), sino que también de una técnica legislativa adecuada. De ahí la importancia de las siguientes líneas.

En atención a todas aquellas consideraciones, en este texto nos centraremos en dar cuenta de las falencias de nuestro sistema dicotómico de

² Piénsese, por ejemplo, en una esquizofrenia paranoide, en un Alzheimer en etapa avanzada, o en una oligofrenia profunda, o un cuadro depresivo severo, trastornos psicóticos, adicción a fármacos psicotrópicos o bien a drogas o al alcohol, etc.

capacidad; y, a la luz de la reciente legislación española, mostraremos qué mecanismos de apoyo, bajo la premisa del reconocimiento de la capacidad de toda persona, con o sin discapacidad, parecen respetar la autonomía de la voluntad, a la vez que otorgan la debida protección y resguardan la certeza jurídica de los terceros, todos pilares fundamentales del Derecho civil. Lo anterior se verifica más allá de una interpretación sesgada y absolutista del tan mentado artículo 12 de la Convención.

En primer lugar, abordaremos algunos aspectos fundamentales relativos a las voces “voluntad” y “capacidad” y su tratamiento en nuestro Cc. En segundo lugar, nos referiremos al artículo 12 de la CIDPD y a la que entendemos su correcta interpretación. En tercer lugar, analizaremos las directrices generales de la reciente reforma del Cc español en esta materia. Y, por último, con todo ello, justificaremos la necesidad de revisar el sistema actual de capacidad más allá de la Convención.

I. ALGUNAS NOTAS GENERALES RELATIVAS A LA VOLUNTAD Y LA CAPACIDAD

1. Conceptos generales

12

La relación entre la voluntad y el entendimiento es una problemática que proviene de épocas antiguas. Los autores griegos, y entre ellos Aristóteles, distinguían ocho funciones que pueden identificarse en un alma humana. Por un lado están los cinco sentidos (que por múltiples razones no todos poseen), pero también se reconoce en el ser humano una facultad procreativa, otra del lenguaje y, por último, el denominado principio conductor o rector del alma que equivale a la inteligencia y que constituiría su parte dominante. Dentro de esta última, se distinguen cuatro potencias diversas: la impresión o representación, el asentimiento, el impulso y la razón. Así las cosas, es dable concluir que hay quienes cuentan con todas estas funciones; quienes cuentan solo con algunas de ellas (más o menos relevantes en el proceso de consentir); y, también hay quienes no cuentan con el mínimo de facultades que les permita ocuparse incluso de cuestiones cotidianas. Esa es una realidad que no puede ser obviada por el Derecho. Es tal rango de matices el que requiere de algo más que una dicotomía estricta entre capaz e incapaz³.

Citando a San Agustín de Hipona, parece importante reflexionar sobre estas tres cuestiones que son el ser, el conocer y el querer, contenidas to-

³ GARCÍA-VALIÑO (201), p. 109 y ss.

das en el ser humano, pero distintas entre sí⁴. Manifestar una voluntad implica un proceso interno previo que culmina en la exteriorización de aquello que se conoce, se entiende y se quiere. Elegimos lo que queremos y dicha elección va acompañada de la razón. Escogemos, por tanto, lo que ya ha sido objeto de una deliberación interna que implica un elemento racional, cognitivo y reflexivo⁵.

Mientras que la voluntad viene dada por la naturaleza, y es el poder interno del que emana una decisión; la capacidad según veremos es una creación humana que permite la manifestación del querer. El querer y el poder no van necesariamente unidos, no conforman un todo. Si bien son dos cosas relacionadas entre sí, no basta querer para hacer lo que se quiere, máxime cuando aquella voluntad no proviene de un proceso de deliberación consciente e informado: la inteligencia y la voluntad son “co-principios” de los actos humanos⁶. Quien no puede orientar su voluntad habida la falta de comprensión de los alcances jurídicos que implicarían sus actos, no tiene entonces discernimiento. Así, más adelante explicaremos que, quienes son catalogados como personas carentes de voluntad, en realidad carecen del discernimiento necesario para conocer y entender. Por tanto, no les falta el querer, sino que este no ha sido precedido de un proceso adecuado para su validez. Tampoco es correcto afirmar que quien no entiende no puede querer, sino que ese querer no puede producir efectos jurídicos, porque para que los produzca debe derivar de la información (conocimiento) y el entendimiento, y no puede quererse lo que antes no se ha conocido⁷.

La persona, entendida como individuo de la especie humana, para ser sujeto de Derecho, debe estar investida de capacidad⁸. El presupuesto de hecho de la denominada aptitud de goce es su existencia; mientras que en la facultad de obrar o de ejercicio lo es la capacidad natural de entender

⁴ DE HIPONA (1631), p. 394. En el mismo sentido Santo Tomás de Aquino diferencia entre el *consilium* y el *consensus* que corresponden a los aspectos cognitivo y volitivo de la deliberación que, a su vez, antecede a la elección. Cfr. DE AQUINO (2001), pp. 14-15.

⁵ GARCÍA-VALIÑO (2019), p. 101. Y en la página 104 léase textual: “como bien ha observado Arendt, la facultad de elección está inserta, por así decirlo en la primitiva dicotomía entre razón y deseo, y su función principal es mediar entre ambas”.

⁶ Concepto acuñado por GARCÍA-VALIÑO (2019), pp. 203-204.

⁷ ROMERO (2013), p. 221.

⁸ El reconocimiento de la capacidad ha evolucionado a través del tiempo: en Roma, por ejemplo, solo quien era libre poseía el estado de familia (*sui iuris*) y era habitante de la ciudad, tenía plena capacidad jurídica (entendida esta, hasta entonces, como capacidad de goce). Aun teniendo la denominada capacidad jurídica, podía en los hechos tener dificultades para actuar en la vida jurídica, por estar afecto a circunstancias que influían en la capacidad de obrar: edad, sexo, demencia y prodigalidad. De este modo, quienes tuvieran sus facultades mentales perturbadas eran sometidos a curatela y se les designaba un tutor, tal como ocurría con los menores de 7 años. ERRÁZURIZ (1991), p. 173.

y querer (aptitud cognoscitiva: inteligencia; volición: voluntad libre y espontánea), y solo en tales términos, puede manifestarse válidamente la voluntad. Todo sujeto, por el solo hecho de serlo, detenta plena capacidad de goce, pues se concibe como la aptitud legal para ser titular de derechos y obligaciones, la que es adquirida al momento de su nacimiento⁹. Por su parte, la facultad de obrar, que es la aptitud para actuar con plenos efectos jurídicos, no existe en todo individuo y, si se tiene, no atiende siempre a la misma intensidad. De ahí que no ha sido considerada como un atributo de la personalidad¹⁰.

Para Sánchez de la Torre, el concepto de capacidad está referido al sujeto jurídico que a su vez supone: una condición cognoscitiva o intelectual; la aptitud para discernir entre lo bueno y lo malo; y la posibilidad de responsabilizarse por sus actos¹¹. El sujeto jurídico posee una maduración cognitiva-racional que le permite comprender tanto el sentido del Derecho y de los derechos, como también los deberes y obligaciones que los contraponen¹². Así, en principio, toda persona es legalmente capaz, salvo aquellas que sean declaradas como incapaces, por entender el legislador que no darían cumplimiento al complejo proceso que entraña una decisión y su posterior exteriorización.

2. La voluntad y la capacidad en nuestro Código Civil

14

La voluntad, concebida como un requisito de existencia de los actos jurídicos¹³, se ha definido como “la aptitud para hacer algo”¹⁴ o “la potencia

⁹ El vínculo existente entre capacidad de goce y personalidad ha sido analizado por la doctrina desde distintas perspectivas, sin desarrollarse una visión unánime sino más bien un variado escenario de tesis al respecto. Tenemos claro que si bien no son conceptos equiparables, se superponen al momento de intentar definir a la persona humana. Tanto es así que se le ha reconocido como la “versión jurídica” de la personalidad, desde la afirmación de ser una y la misma para todos. LEGERÉN (2012), p. 27. En palabras de Ducci, el ser humano desde su nacimiento adquiere personalidad, entendida esta como la posibilidad de ser titular de derechos, de ser sujeto de relaciones jurídicas (concepto que coincide con el de capacidad de goce). DUCCI (2000), p. 122. Es lo que ocurre también en la doctrina española. Consúltese, por todos, LEGERÉN (2012), p. 27 y ss. Desarrolla este tema de manera clara y esquemática CORRAL (2009), pp. 19 y 20.

¹⁰ ROMERO (2013), p. 8.

¹¹ SÁNCHEZ (2005), pp. 22-23.

¹² MATEOS (2005), pp. 87. Se trataría de una especialización de la capacidad moral en su dimensión social, “objetiva y objetivable” que requiere de la intervención del ordenamiento jurídico. MATEOS (2005), p. 77.

¹³ DUCCI (2000), p. 242. Téngase en cuenta que la diferenciación entre requisitos de existencia y de validez es de carácter doctrinal y no legal.

¹⁴ ERRÁZURIZ (1991), p. 115.

del alma que mueve a hacer o no hacer alguna cosa”¹⁵. Para que el acto exista, se ha dicho que la voluntad debe ser seria y debe exteriorizarse; mientras que para la validez del acto se requiere, además, que esté exenta de vicios¹⁶. Se entiende que es seria cuando es emitida por una persona capaz (requisito que, a su vez, se contiene entre aquellos de validez establecidos en el artículo 1445 del Cc¹⁷) y con la intención de obligarse; vale decir, de producir efectos jurídicos¹⁸. Ambas son requisitos internos del acto y se relacionan por tanto con su estructura. De ahí que, para que un sujeto se obligue a otra por cualquier acto que genere obligaciones (“un acto o declaración de voluntad” dice el legislador¹⁹) se requiere de: capacidad legal, voluntad exenta de vicios, objeto y causa lícita (artículo 1445 del Cc).

La capacidad se define como la aptitud legal para adquirir derechos, ejercerlos y contraer obligaciones²⁰. El artículo 1445 del Cc, en su inciso final, dispone que: “la capacidad legal de una persona consiste en poderse obligar por sí misma, y sin el ministerio o la autorización de otra”²¹. Esta debe existir al momento de celebrarse el acto o contrato. Luego, el artículo 1446 declara que: “toda persona es legalmente capaz, excepto aquellas que la ley declara incapaces”.

A partir de la definición legal también se diferencia entre capacidad de goce y de ejercicio. La primera se entiende pertenecer a toda persona, por el solo hecho de ser tal, de modo que coincidiría con el concepto dado de capacidad jurídica en el apartado anterior²²: de ahí que se contemple

15

¹⁵ DUCCI (2000), p. 244. En palabras de Alessandri “...es el movimiento o cambio interior, psicológico, que determina a la acción. Es el libre querer interno de lograr un fin determinado por medio de la acción”. ALESSANDRI *et al.* (2011), p. 194.

¹⁶ BARCIA (2010), p. 36. Así, puede haber ausencia de voluntad (en palabras de Alessandri) o vicios que le afecten. En el primer caso no existiría el acto en el mundo jurídico, mientras que en el segundo el acto sería anulable.

¹⁷ De ahí que se afirme que la voluntad es el fundamento principal de los actos jurídicos y que se entiende implícita en todos los demás. DUCCI (2000), p. 243. En el mismo sentido, ALESSANDRI *et al.* (2011), p. 194.

¹⁸ ERRÁZURIZ (1991), p. 116. La doctrina ha entendido que puede un acto ser realizado materialmente sin que llegue a existir en términos jurídicos, por no existir la voluntad de su autor. Dicha ausencia de voluntad se atribuye a dos causas: la demencia o privación total de razón y el error esencial. DUCCI (2000), p. 243.

¹⁹ La doctrina ha entendido que se refiere a todos los actos y no solo a los contratos. Véase, por ejemplo, BARCIA (2010), p. 35.

²⁰ ERRÁZURIZ (1991), p. 139; DUCCI (2000), p. 280; y, BARCIA (2010), p. 68.

²¹ De ahí que, para que un acto jurídico sea válido, no basta que haya sido querido sino que debe, además, ejecutarse por una persona capaz, o bien que tenga capacidad restringida al acto que se trate. ALESSANDRI *et al.* (2011), p. 248.

²² ALESSANDRI *et al.* (2011), p. 248.

como un atributo de la personalidad²³ y no existen, por tanto, este tipo de incapacidades²⁴. La segunda, en cambio, equivale a la capacidad de obrar, de actuar en la vida del Derecho sin el ministerio ni autorización de otro²⁵, y hay quienes, por mandato del legislador, no gozan de ella.

Los incapaces se dividen en absolutos y relativos. Los primeros son aquellos individuos que quedan excluidos del tráfico jurídico y que no pueden actuar sino representados por su tutor o curador. Se trata de: los impúberes, los dementes, y los sordos o sordos mudos que no se puedan dar a entender claramente²⁶ (artículo 1447 del Cc)²⁷. Los segundos, vale decir, aquellos que si bien actúan representados para buena parte de los actos jurídicos, pueden en determinadas circunstancias actuar por sí solos siempre que sean debidamente autorizados por quienes les representan²⁸ (aunque, en algunas circunstancias, se requiere además de autorización judicial²⁹): son el menor adulto y el disipador interdicto de administrar lo suyo.

Así, el legislador considera que aquellas personas denominadas incapaces absolutos, no tienen el discernimiento que se requiere para actuar en la vida jurídica. En este sentido, se entiende que el denominado “demente” se equipara a un menor de 12 o 14 años según sea mujer u hombre, respec-

²³ DUCCI (2000), p. 122.

²⁴ DUCCI (2000), p. 281. No obstante algunos autores señalan que sí existen las incapacidades de goce, como BARCIA (2010), p. 69 quien, sin embargo cita el Derecho alemán y no chileno. Con todo, lo cierto es que no ocurre así en nuestro sistema jurídico. Una “limitación” en tal sentido, sería más bien una privación de derechos. CLARO (1937), p. 25. Otros las visualizan como situaciones excepcionales y especiales, que se extienden a uno o más derechos determinados, de modo que no podría privarse a una persona de todos los derechos civiles. ALESSANDRI, *et al.* (2011), p. 249.

²⁵ Aunque las diferenciamos, el requisito para actuar en la vida del Derecho comprende ambas clases de capacidad, entendiendo algunos autores que para tales efectos se trata de un concepto unitario (la capacidad de ejercicio implica o supone la capacidad de goce). CLARO (1937), p. 22; también BARCIA (2010), p. 68.

²⁶ Cuyos actos se sancionan con nulidad absoluta, tal como lo expresa el artículo 1682, inciso segundo del Cc. Cabe aclarar que la nulidad, ni absoluta ni relativa, operan de pleno Derecho y deben ser declaradas judicialmente. No es cierto que el acto entre tanto no produzca efecto alguno; si los produce mientras no se declare la nulidad, no obstante (y eso para ambas nulidades) sus efectos son retroactivos al momento de la celebración del acto o contrato (aunque una opinión minoritaria, considera que la nulidad absoluta opera *ipso iure*). ALESSANDRI, *et al.* (2011), p. 336.

²⁷ En el artículo 1447 del Cc se contienen también ciertas incapacidades denominadas especiales pero que no constituyen verdaderamente inhabilidades, sino más bien prohibiciones para la celebración de ciertos actos o contratos y solo con determinadas personas (de hecho, se trata de supuestos que se contemplan respecto de personas capaces).

²⁸ Por ejemplo, el menor adulto es capaz para la administración y goce de su peculio profesional e industrial (artículo 246 del Cc); puede adquirir libremente la posesión de las cosas muebles (artículo 723 del Cc); puede testar (artículo 1005 del Cc); etc.

²⁹ Por ejemplo, los artículos 255, 1236, 1322, entre otros, todos del Cc.

tivamente, y que, es tal su falta de discernimiento que de ninguna manera pueden actuar por sí solos³⁰; en cambio, el incapaz relativo puede consentir aún cuando su voluntad sea imperfecta o no vinculante. De ahí que el artículo 1470 del Cc contemple entre las obligaciones naturales las contraídas por personas que teniendo suficiente juicio y discernimiento, son, sin embargo, incapaces de obligarse según las leyes, como los menores adultos; mientras que el artículo 1447 inciso segundo del Cc declara que los actos de los absolutamente incapaces no producen ni aún este tipo de obligaciones.

El Cc establece dos instituciones de guarda para los incapaces: la tutela y la curatela. Ambas implican la representación del considerado incapaz³¹ y se vislumbran, en términos generales (hasta ahora), como medidas establecidas en favor de los incapaces, a quienes se les nombra un tutor o curador³² que se encarga tanto del cuidado y vigilancia de sus bienes como de su persona³³. Algunos autores expresan que el tutor es una figura que se refiere a los menores de edad y que la curatela, en cambio, estaría reservada para los menores adultos y a quienes sean declarados interdictos por causa de demencia³⁴. No nos parece tan clara aquella distinción, sino que creemos más bien que se confunden ambas figuras cuyo contenido y objetivo no es sustancialmente distinto; o al menos no como se distingue en el Derecho extranjero³⁵.

³⁰ Al menos en teoría la razón que habría tenido el legislador para equiparar en términos jurídicos ambas situaciones dicen relación con la identidad del presupuesto fáctico (la falta o disminución de la capacidad natural). Esto explica aquello que referiremos más adelante acerca de la interpretación de la voz “demente”.

³¹ Sin embargo, quienes son curadores de personas menores adultas o pródigos declarados en interdicción (no así de los denominados “dementes”) pueden, ya sea representarles, ya sea autorizarles para actuar por sí mismos (complemento de capacidad), según sea el acto en que se requiera la manifestación de voluntad.

³² Se definen las guardas (tutelas y curadurías o curatelas) como cargos impuestos a ciertas personas en favor de aquellos que no pueden dirigirse a sí mismos o administrar sus negocios, y que no se hallan bajo potestad de padre o madre, que puedan darles la protección debida. Las personas que ejercen estos cargos se llaman tutores o curadores (artículo 338 del Cc).

³³ Si bien se define la interdicción como una declaración judicial en virtud de la cual se priva a una persona de la administración de sus bienes, no parece relacionarse únicamente con los aspectos patrimoniales, sino también extrapatrimoniales. De ahí que, tal como destaca BARCIA (2010), p. 73, el demente interdicto no pueda testar, ni tampoco pueda celebrar matrimonio. Sí es efectivo, en cambio, que hay algunas clases de curadores que solo administran los bienes de su pupilo, y no se ocupan de los aspectos referidos a su persona. Se trata del denominado curador de bienes, establecido en el artículo 343 del Cc. Para ser más exactos, solo el curador general, dispuesto en el artículo 340 y siguientes del Cc, se ocupa además de la persona del pupilo y no solo de la administración de sus bienes.

³⁴ Es lo que entiende, por ejemplo, RUZ (2012), p. 543.

³⁵ Aunque el legislador no las define de manera diferenciada, parece claro que no se trata de figuras análogas a las que se establecen en otros ordenamientos jurídicos bajo las

Ocurre que dentro de los incapaces considerados por el legislador, hay quienes tienen inteligencia y posibilidades de entender y querer, aun cuando tales facultades estén disminuidas al punto de dificultar el ejercicio de sus derechos y obligaciones. El determinar jurídicamente que una persona es capaz, aun cuando carece de alguna de las aptitudes que se requieren para concretar un acto de forma libre y espontánea, no implica una modificación en el estado natural de una ésta. A *contrario sensu*, el calificarla como incapaz no significa, por ese solo hecho, que carezca de las aptitudes que se requieren para manifestar su voluntad: conocer, entender y querer. Aquella diferencia no es considerada por nuestro legislador, quien simplifica todo en una causal (la demencia), privando de la capacidad de obrar a las personas consideradas como tales, con el consiguiente sometimiento a un poder lisa y llanamente protector (las guardas) que no propicia la autonomía de la voluntad. Ahí radica el problema. En palabras de Albaladejo, una cosa es la verdadera capacidad de obrar (lo que dispone la ley); y otra, en cambio, las condiciones psíquicas adecuadas (capacidad natural) para obrar de forma válida³⁶.

18

Las causales de incapacidad que dicen relación con los menores de edad no presentan grandes conflictos, con independencia de discutirse acerca de la rigidez de la norma y de la necesidad de incorporar el principio de autonomía progresiva respecto de niños, niñas y adolescentes; y, parece superada (o al menos mejorada) aquella situación que afectaba a las personas sordas o sordomudas, a partir de la modificación de la antigua causal que exigía expresarse por escrito³⁷. Tampoco se ha discutido mayormente acerca de la necesidad de declarar interdicto y restringir la administración de sus bienes a quien los dilapida de manera desmesurada, afectando con ello no solo su patrimonio sino que el bienestar económico de su familia. Sin embargo, la causal referida al “demente” ha generado diversas controversias³⁸. Es allí

mismas denominaciones, y en los que la tutela implica facultades de representación y aborda no solo los aspectos patrimoniales, sino también personales del incapacitado actuando como mecanismo de sustitución de capacidad (es lo que dispone, por ejemplo, el artículo 267 del Cce); mientras que la curatela tendría un carácter más bien asistencial, y solo respecto de los actos expresamente determinados en la sentencia o de aquellos para los cuales el tutor requeriría de autorización judicial, y no conforma parte de su esencia la representación del sujeto. Sería entonces un mecanismo de complemento de capacidad, según se desprende (por ejemplo) de los artículos 289 y 290 del Cce. En tal sentido: JARUFE (2016), pp. 423-444 y JARUFE (2020).

³⁶ ALBALADEJO (2002), p. 231.

³⁷ Hoy, como hemos dicho, solo son considerados incapaces absolutos aquellos sordos o sordos mudos que no puedan darse a entender claramente (artículo 1447 del Cc), incluyéndose por tanto la manifestación de voluntad a través de la lengua de señas.

³⁸ Sobre las críticas a tan desafortunada expresión véase, por todos, LATHROP (2019), p. 137 y ss. Si bien se mantiene la voz “demente” en el Cc, y algunas leyes especiales utilizan

donde no parece oportuno distinguir entre capaz e incapaz y donde queremos centrar la atención de este trabajo. En el epígrafe IV reflexionaremos acerca de la necesidad de modificar el sistema vigente de capacidad (o, más bien, de incapacidad).

II. SOBRE EL ARTÍCULO 12 DE LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD Y SU INTERPRETACIÓN

El artículo 12 de la CIDPD³⁹ señala:

“1. Los Estados Partes reafirman que las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica. 2. Los Estados Partes reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida. 3. Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica. 4. Los Estados Partes asegurarán que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos. Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas

19

expresiones tales como “deficientes mentales” (así dicho en el título de la ley n.º 16800), otras más recientes hablan de enfermedad o trastorno mental, entendiendo por tal “...una condición mórbida que presenta 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”. Véase en este sentido el artículo 2.º, inciso tercero, de la aprobada ley n.º 21331 de 2021, que reconoce y protege los derechos de las personas en la atención de salud mental.

³⁹ Analizamos el artículo 12 porque se trata de la disposición más relevante de la Convención en materia de capacidad. Sin embargo, no deben perderse de vista el contenido de los artículos 19 y 28 que complementan su contenido.

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

1. En cuanto a la voz de “capacidad jurídica”

Martínez de Aguirre bien señala que las capacidades de goce (que en el Derecho español y en otros ordenamientos jurídicos se denomina capacidad jurídica⁴⁰) y de obrar han sido tradicionalmente diferenciadas desde un punto de vista técnico y relativo al Derecho privado⁴¹.

Si bien se ha interpretado que la Convención propone unificar en un todo (capacidad jurídica) tanto la capacidad de goce, como la de ejercicio⁴², parece incluso oportuno y útil distinguir entre ambas (sea cual sea su denominación)⁴³, entendiendo además que tal diferenciación sería acorde al artículo 12. 3.º de la Convención, referido al “ejercicio” de la capacidad jurídica (y que estaría aludiendo, al parecer, a la capacidad de obrar)⁴⁴.

⁴⁰ Véanse, por ejemplo: ALBALADEJO (2002), pp. 230-231; MALAURIE y FULCHIRON (2005), pp. 321-325; y, también los artículos 322 del *Código Civil* español, y 1123 y 1124 del *Código Civil* francés.

⁴¹ MARTÍNEZ DE AGUIRRE (2014), p. 22.

⁴² Quienes sostienen esta idea, apuntan a que la Convención llama a abordar la capacidad desde una óptica exclusiva o al menos predominante de derechos humanos. En este sentido, por ejemplo, RECOVER (2014), p. 21 y PALACIOS y BARIFFI (2007), pp. 58-72.

⁴³ Tal como señala MARTÍNEZ DE AGUIRRE (2014), p. 76, aquella distinción determina una herramienta conceptual útil para la comprensión del Derecho de las personas y las reglas relativas a sus lineamientos generales. En el mismo sentido, véase: DE PABLO *et al.* (2018), pp. 30-32. Utande, por su parte, señala que “la capacidad jurídica es propiamente sustancial del sujeto humano y, por tanto, no es en sí misma susceptible de condicionamiento ni limitación”, mientras que la capacidad de obrar dice relación con la esfera extrínseca de los individuos y de ahí que pueda limitarse o modularse. UTANDE (2005), p. 172. Para Castro, es conveniente hacer la distinción entre capacidad jurídica y de obrar, pues la segunda requiere de la primera mientras que la primera es igual para todas las personas. CASTRO (2005), p. 184. En un sentido opuesto se manifiesta RECOVER (2014), p. 23, entendiendo que esta diferenciación si bien fue útil durante años, hoy estaría “desbancada” a partir de lo preceptuado en la Convención respecto de las personas con discapacidad intelectual.

⁴⁴ Así lo han entendido, por ejemplo, SERRANO (2012), pp. 24 y 25 o MARTÍNEZ DE AGUIRRE (2014), p. 27.

Por lo anterior, no sería correcto afirmar que ambos conceptos se han unificado. Ello no ha ocurrido ni respecto de las personas con discapacidad, ni de ningún individuo. Más bien, hay una capacidad legal genérica que incluye tanto la aptitud para ser sujeto de relaciones jurídicas (capacidad de goce), como la posibilidad de ejercitar aquellas relaciones de las que se es titular⁴⁵.

2. En cuanto al ejercicio de la denominada capacidad jurídica y las figuras de apoyo a las que deberían apuntar los Estados partes

El mandato de la Convención a los Estados que le han ratificado importa la eliminación en las regulaciones internas de cualquier forma de discriminación basada en una discapacidad, de manera que no pueda esta circunstancia ser alegada como causa de impedimento del disfrute o ejercicio de los derechos⁴⁶. De este modo, la discapacidad no podría ser una causal de nulidad. Pero, entendemos que tampoco puede serlo ninguna circunstancia que no vaya acompañada de la privación de razón a la que, en nuestro caso, parece aludir el legislador cuando emplea la desafortunada voz “demente”⁴⁷.

Es importante considerar que dentro de toda la gama de situaciones que pueden presentarse en materia de discapacidad, solo cabe centrarse (en cuanto a la capacidad jurídica se refiere) en quienes que vean afectadas su facultad de autogobierno; vale decir, de resolver sus propios asuntos. A partir de allí quisiéramos advertir dos grandes ideas.

Por una parte, no parece que la Convención quisiera que las personas, privadas de razón, puedan actuar libremente en la vida jurídica. En tal sentido, lo que entendemos por una correcta interpretación, son seis cuestiones:

Primero, que nadie podría ser despojado de su capacidad de modo general, ni mucho menos *a priori*. De este modo, no cabría ni la interdicción, ni tampoco la calificación anticipada de un determinado grupo de sujetos como incapaces de actuar en el mundo del Derecho.

⁴⁵ MARTÍNEZ DE AGUIRRE (2014), pp. 75 y 76.

⁴⁶ Como ya hemos señalado *supra*, son tan variados los estados en los que puede encontrarse una persona con discapacidad o cualquier otra condición que mal podría una incapacidad basarse en ellas. No se trata de un hecho objetivo como sí lo es la edad (no haber cumplido los 18 años): de allí que podamos seguir hablando de incapaz respecto del menor de edad. Esto, pues, nos guste más o menos, y a pesar de existir excepciones en la realidad, ello fija de manera clara una causal de incapacidad. Véase, en tal sentido, por ejemplo, LÓPEZ (2020), p. 26.

⁴⁷ MAYOR DEL HOYO (2013), p. 14. En tal sentido, y como bien alude López, no parece aportar grandes novedades la Convención desde el punto de vista del reconocimiento del ejercicio de sus derechos a todos, incluidas las personas con discapacidad. LÓPEZ (2020), p. 15.

Segundo, que quien presente dificultades para ejercer su capacidad, debe contar con los apoyos suficientes que le permitan la elaboración de una voluntad libre y espontánea y/o su manifestación. Dicho apoyo puede ser más o menos intenso, atendidas las condiciones personales de cada sujeto, ajustándose ya sea la sentencia o la resolución administrativa a la aptitud real del sujeto, y no bajo estándares preestablecidos (principio de proporcionalidad⁴⁸). Se indicará entonces la extensión del apoyo y sus límites, así como una relación de los actos que no podrían realizarse por sí solos, de manera de existir una correspondencia razonable entre la aptitud de conocer y querer y las posibilidades de actuación en la vida jurídica, así como el eventual régimen de protección que proceda⁴⁹.

Tercero, que no puede ser ni una enfermedad ni una condición natural o sobrevenida lo que determine la necesidad de tales apoyos, sino la dificultad antes aludida. Si una enfermedad o condición no implica una alteración de los aspectos volitivos de un sujeto, entonces no se requeriría de ninguna medida auxiliar (principio de necesidad)⁵⁰.

Cuarto, que deben preferirse siempre las medidas menos lesivas a la autonomía del individuo, de modo tal que aquellas que impliquen una sustitución de voluntad aparezcan como de *ultima ratio* (principio de subsidiaridad).

Quinto, que si bien es importante velar por la promoción de la autonomía, también es preciso proteger a la persona con discapacidad cuyas facultades de conocer y querer se vean alteradas. Y ello porque la misma Convención en su artículo 12.4 llama a la adopción de salvaguardias⁵¹.

Y sexto, que la Convención ordena que cualquier medida de protección que tuviere lugar respecto de las actuaciones de un sujeto, no puede extenderse de un modo indefinido; se requiere duración determinada y actualización en caso de requerirse.

⁴⁸ Regla establecida en el artículo 12.4 de la CIDPD.

⁴⁹ MARTÍNEZ DE AGUIRRE (2014), p. 49. Sobre la proporcionalidad, véase el mismo autor y obra, p. 97 y ss.

⁵⁰ Si ninguna enfermedad o condición puede significar la restricción de derechos, entonces no sería adecuado establecer ni apoyos que se basen en ellas, sino más bien en la dificultad que dicha condición o enfermedad pueda presentar en el adecuado ejercicio de la capacidad. Sin embargo, no parece acertado señalar que debe prescindirse de la medicina para determinar cuándo una persona requiere de una asesoría de mayor o menor extensión e intensidad, atendido el nivel de compromiso que se perciba en sus facultades cognitivas y volitivas. No nos estamos refiriendo al modelo médico imperante, que es rígido y acogido a ciertos parámetros preestablecidos, sino a los peritajes que se requieran ya sea para determinar qué tipo de apoyo necesita una persona, o bien para determinar si, una vez ejercida la capacidad, aquella persona estaba o no en su sano juicio. Creemos que se trata de cuestiones distintas y que no puede prescindirse por completo de la medicina en esta materia.

⁵¹ En el próximo apartado profundizaremos en las salvaguardias y explicaremos la diferencia entre estas y las medidas de apoyo.

Ahora bien, por otra parte, es conveniente aclarar que nada de lo que hemos dicho riñe con la necesidad de un sistema coherente que, en circunstancias excepcionales, disponga de la representación: no podría de otro modo conciliarse aquel mentado equilibrio entre la necesidad de potenciar la autonomía de la voluntad, sin que ello implique una desprotección⁵². Tal como ya hemos afirmado, es un hecho indiscutible que las discapacidades psíquicas son muy diferentes entre sí: lo son por su origen, evolución y por el nivel de intensidad con que afectan la aptitud para conocer y querer⁵³. De ahí que los mecanismos que se proporcionen por parte del legislador deben ser lo suficientemente flexibles de modo tal de adaptarse a la situación concreta que se presente, las que de ninguna manera podrían ser descritas en su totalidad por el legislador⁵⁴.

No resiste mayor análisis aquella situación en la que un individuo puede, aunque con dificultades, manifestar su voluntad (la que, además, proviene de un adecuado razonamiento y entendimiento). Los supuestos que sí revisten complejidad son aquellos en los que existe una afectación (de mayor o menor intensidad) del proceso volitivo. Cabría, en todo caso, ajustar la normativa de cada Estado de manera que exista una coordinación, por ejemplo, entre lo que se permite y las responsabilidades que entraña esa posibilidad de actuación.

Si pese a las medidas de apoyo, el sujeto afectado en su proceso volitivo no comprende lo que una actuación determinada implicaría, hasta el punto de que ejercitar su capacidad jurídica le resulte perjudicial, no puede la Convención propiciar tales efectos⁵⁵. Si leemos el artículo 12 en sintonía con otros también relevantes (artículos 19 y 24, por ejemplo), veremos que los Estados parte tienen el deber de protección de los intereses de las personas con discapacidad. Por tanto el mecanismo de apoyo además de respetar todo cuanto sea posible la autonomía, debe brindar aquella protección a la que llama el legislador internacional. Y, aquí no puede tratarse de me-

23

⁵² En el mismo sentido, MAYOR DEL HOYO (2013), p. 34. La autora en la p. 18 de la misma obra se refería también a la “tensión” entre autonomía y protección.

⁵³ Una de sus características es la homogeneidad. Idea recogida por la doctrina. Por ejemplo en QUIJADA (2019), p. 85 y NÚÑEZ (2014), p. 79.

⁵⁴ MARTÍNEZ DE AGUIRRE (2014), p. 37.

⁵⁵ En palabras textuales de Martínez de Aguirre: “...la persona afectada por una discapacidad psíquica profunda no puede conocer, o tomar decisiones, no porque la sociedad le impida hacerlo, sino por la presencia de una deficiencia psíquica que se lo impide [...] con lo anterior no quiero decir que la sociedad no tenga ninguna responsabilidad [...] al contrario puede (y debe) contribuir decisivamente a minimizar las consecuencias de esa deficiencia [...] el primer paso para ello es reconocer su existencia”. MARTÍNEZ DE AGUIRRE (2014), p. 37. También se refiere al efectivo rol de la sociedad ÁLVAREZ (2019), p. 29.

didadas *ex post*, sino *ex ante*, que eviten de manera eficaz el perjuicio personal y patrimonial al que se vería expuesto el sujeto⁵⁶.

Por tanto, y volviendo a la segunda idea que estamos desarrollando, podemos afirmar que la representación no es una herramienta que esté vedada por la Convención, sino un apoyo lo suficientemente intenso para aquellas circunstancias en las que no exista otra manera de actuar en la vida del Derecho⁵⁷. Ello no implica ni la incapacitación ni una restricción general de la capacidad. Tampoco vislumbramos que dicha representación implique en sí misma la sustitución de voluntad⁵⁸, ni que constituya un mecanismo a todo evento, sino más bien de carácter residual y excepcional.

Parece entonces importante recalcar que

“ninguna redacción que pueda darse al articulado del Código Civil, ni el espíritu de la Convención, pueden hacer olvidar que en el actual estado de la ciencia y la técnica persisten algunas discapacidades que impiden por completo al individuo, con independencia de las medidas de apoyo que se puedan adoptar, tomar las decisiones por sí mismos”⁵⁹.

Por su parte, y en la misma lógica que hemos descrito en este apartado, no podría pensarse que estén vedadas por mandato de la Convención, por

⁵⁶ LÓPEZ (2020), pp. 32 y 33. En este sentido, cabe destacar que quienes requieren de sistemas de apoyo más generalizados suponen un porcentaje mínimo, por lo que no es ni equitativo ni proporcional confeccionar un sistema desde esa base, sino todo lo contrario: los sistemas generales deben ser excepcionales. RECOVER (2014), p. 27.

⁵⁷ En tal sentido, JARUFE (2019), p. 214. En un sentido opuesto, las Observaciones Generales del Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad, del año 2014, señalan que: “Elaborar sistemas basados en el apoyo a la adopción de decisiones y mantener paralelamente regímenes basados en la sustitución en la adopción de las decisiones, no basta para cumplir con lo dispuesto en el artículo 12 de la Convención”. Sin embargo, no creemos que contemplar la representación para determinadas circunstancias excepcionales (y, por supuesto entonces, no de carácter general) discrepe ni con el artículo 12 ni tampoco con esta observación.

⁵⁸ Siempre que pueda conocerse el historial de vida de la persona afectada por una importante disminución de sus facultades intelectuales y que, por tanto, se trate de una discapacidad sobrevenida. Como ello no siempre ocurre es que existen sistemas que prevén en sus legislaciones la sustitución de la capacidad. Ejemplos de ello podemos encontrarlos en: el Derecho francés (artículo 488 y ss. del *Code Civil*); el Derecho italiano (artículo 404 y ss. del Cc italiano); el Derecho suizo (artículo 374 y ss. del Cc suizo); el Derecho alemán (sección 1882 y ss. del BGB); etc.

⁵⁹ LÓPEZ (2020), p. 68. En el mismo sentido, SERRANO (2012), p. 17: “...por mucho que se convenga acerca de la general (universal) capacidad jurídica y de obrar de todos, hay situaciones personales en las que la capacidad de obrar no se tiene, lo que no parece que requiera de demostración, ya que es una evidencia la pérdida de facultades que conllevan muchas enfermedades y en el mismo Preámbulo de la CIDPD se reconoce la diversidad de las personas con discapacidad”.

ejemplo, las autorizaciones judiciales para la celebración de determinados actos, o la necesidad de la audiencia judicial de la persona que desea actuar por sí sola cuando se trate de actos de alta relevancia jurídica y que comprometan su integridad personal y patrimonial.

3. En cuanto a las salvaguardias se refiere

Las salvaguardias son definidas por la Convención como aquellos mecanismos que tienen por objeto asegurar que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona; que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida; que sean proporcionales y adaptadas a sus circunstancias; que se apliquen en el plazo más corto posible; y, que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial, siendo proporcionales al grado en que dichas medidas afecten sus derechos intereses

No deben confundirse las salvaguardias con los apoyos. Bien podría decirse que los apoyos son las medidas concretas a las que puede sujetarse quien presenta dificultades para el ejercicio efectivo de su capacidad. En cambio, las salvaguardias garantizan que aquellas medidas se ajusten a los parámetros de la Convención (ya descritos) y que garanticen, por tanto, el efectivo ejercicio de los derechos de toda persona, incluidas las que presentan alguna discapacidad. Tales garantías deben actuar antes, durante y después de la determinación de los apoyos, y son tan variadas como mecanismos puedan implementarse. Dependerán de cada legislación y pueden ser de carácter administrativo, legal o judicial. Entre las salvaguardias que abordaremos en este trabajo pueden mencionarse: la intervención del juez, la necesidad de revisión periódica de las medidas, la adecuación de las causales de nulidad, un sistema de responsabilidad adecuado, la duración determinada de las medidas de apoyo, un registro público, etc. Cada una de ellas las abordaremos en el apartado correspondiente⁶⁰.

25

4. Respecto del ente regulador de las medidas de apoyo

Pretender que todas las medidas estén dadas por la administración del Estado no parece apegarse a la Convención. Se requiere también de sentencias, ya no que incapaciten a las personas cuya voluntad se vea afectada,

⁶⁰ Otras medidas podrían ser la fianza, la necesidad de inventario solemne por parte de quien ejerza los apoyos, sanciones a la extralimitación de funciones por parte de quien preste apoyo, la intervención de un defensor judicial (como prevé, según veremos, la reforma española), rendición de cuentas, etc. LÓPEZ (2020), pp. 63-66.

sino que diferencien los actos que pueden realizar de manera autónoma, de aquellos en los que requerirán de apoyos (y de qué clase); así como las circunstancias para las cuales habrá que acudir al juez, a fin de autorizar la actuación y dar a conocer la trascendencia jurídica de sus actos. Ello, como es lógico, implica la necesidad de procedimientos breves; de jueces especializados; de un equipo técnico adecuado, etc. La adopción de medidas judiciales son salvaguardias, cuyo proceso deberá contar con todas las garantías tendientes a evitar abusos y dar certeza jurídica no solo al sujeto protegido sino también a los terceros⁶¹.

En resumidas cuentas, creemos que la Convención pretende establecer un sistema o modelo de apoyos para la toma de decisiones con relevancia jurídica por parte de personas que tengan limitada su capacidad natural de autogobierno (que si bien se refiere en este caso a la discapacidad, es extrapolable a cualquier otra situación que dé lugar a aquella limitación y que ya hemos mencionado). Pero, para ello no es necesario recurrir a la incapacitación, y es posible construirlo con base en los principios del respeto (cuanto sea posible) de la autonomía de la voluntad, la real necesidad de la medida, la proporcionalidad entre estas y la subsidiaridad de estas. En cualquier caso, considerando de manera excepcional la representación, ya sea sustitutiva de la voluntad o dirigida a su manifestación⁶².

26

III. COMENTARIOS A LA RECIENTE REFORMA DEL *CÓDIGO CIVIL* ESPAÑOL⁶³ Y SU RELEVANCIA PRÁCTICA PARA EL ANÁLISIS DE NUESTRA LEGISLACIÓN

Cuando comenzamos este trabajo, la reforma aún estaba en tramitación en el Senado español. Entre tanto, fue aprobada con fecha 20 de mayo de 2021, y publicada en el Boletín Oficial del Estado español el pasado 03 de junio. No obstante lo anterior, decidimos mantener en este apartado la referencia inicial al sistema vigente (y que lo estará hasta los 3 meses siguientes a la publicación de la ley), entendiendo que no hay mejor manera de comprender la reforma que conociendo al menos lo esencial del ordenamiento jurídico español, y que nos servirá además para ilustrar el recorrido que ha desarrollado aquella legislación.

⁶¹ Si bien los procedimientos judiciales son por esencia más lentos y rígidos, son a la vez garantistas y parecen (o debieran) ser la instancia dotada de mayor independencia e imparcialidad. De ahí el reto que significa encontrar un equilibrio entre ambas necesidades. MARTÍNEZ DE AGUIRRE (2014), p. 134. Creemos entonces que la solución no está en prescindir de los tribunales, sino en perfeccionar su intervención.

⁶² Algunas de estas ideas pueden leerse en VELASCO, (2014) p. 167.

⁶³ Ley 8/2021, de 2 de junio de 2021, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica.

Si bien el Cce no define la capacidad⁶⁴, su artículo 199 establece que nadie puede ser declarado incapaz sino por sentencia judicial en virtud de las causas establecidas en la ley. Por su parte, el artículo 200 dispone entre las causales de incapacitación (no la demencia como indica nuestro legislador⁶⁵) las enfermedades o deficiencias de carácter físico o psíquico que impidan a la persona gobernarse por sí misma. Vale decir, no toda enfermedad o deficiencia persistente de carácter psíquico (o intelectual) puede operar como causal de incapacitación, sino solo aquellas que producen una alteración (más o menos grave) en las funciones cognitivas y volitivas de una; y, solo cuando aquella alteración o afectación sea de carácter permanente en el tiempo. Quedan, por tanto, excluidas las patologías transitorias y aquellas que no generan el efecto descrito⁶⁶. Así, a diferencia de lo que ocurre en nuestra legislación respecto de los incapaces absolutos, considerados como tales aún antes del decreto que declara su interdicción, en España aquel que padece de una enfermedad física o psíquica de carácter persistente que le impide gobernarse por sí, solo pasa al estado civil de incapaz cuando así se declara, como resultado de un procedimiento judicial⁶⁷. De este modo, la capacidad mental se presume mientras no se destruya la presunción por pruebas que permitan concluir lo contrario, y solo a partir de allí las actuaciones son anulables⁶⁸.

Si, en cambio, no se trata de una persona incapacitada, cuya capacidad entonces se presume, habrá que probar su falta de aptitud para el acto en

27

⁶⁴ Tampoco la define ninguna de las versiones del proyecto de reforma, ni el anteproyecto del año 2018 (13 de septiembre).

⁶⁵ Lo hacía también el legislador español, pero con la Ley 1/1996, de 10 de enero de 1996, se elimina tal expresión.

⁶⁶ Se ha dicho, en este sentido, que la persistencia concurre no solo cuando la enfermedad o deficiencia (en palabras del propio Cce) sea irreversible sino también cuando, siendo curable, no se prevea su ocurrencia en un tiempo determinado, bastando entonces con la perturbación de la capacidad cognoscitiva y volitiva al punto de impedirle el cuidado de su persona. ROMERO (2013), p. 29.

⁶⁷ Cabe sí destacar que se trata de un procedimiento donde impera un principio, en palabras de Romero, “cuasi inquisitivo y oficialista”, lo que se opone al principio dispositivo que impera en los procesos civiles tanto españoles como chilenos. ROMERO (2013), p. 11.

⁶⁸ La anulabilidad es una figura que se contempla en la legislación española, entre los artículos 1300 y 1314 del Cce y que se diferencia de la denominada nulidad absoluta o radical. Sin embargo, no parece estar claro entre la doctrina si respecto de los actos de las personas incapacitadas procede la nulidad o la anulabilidad. Para Romero, parece acertada aquella tesis que distingue entre incapacidad permanente y transitoria, siendo aplicable la nulidad a los actos realizados por los primeros, mientras que la anulabilidad operaría respecto de los actos realizados por los segundos. La primera sanción no se basaría en la incapacidad sino en la ausencia de consciencia y voluntad para emitir una declaración válida. ROMERO (2013), p. 22.

concreto⁶⁹. No obstante, declarada la incapacidad pueden actuar por sí mismas en determinados actos como, por ejemplo, otorgar testamento o consentir para el matrimonio siempre que la sentencia no lo prohíba de manera expresa⁷⁰. Por tanto, esta puede ser total o parcial y la sentencia que la declara determina, por un lado, su extensión atendiendo al grado de entendimiento del individuo y, por otro, prevé mecanismos ya sea que suplan su voluntad o bien que le auxilien o supervisen en la ejecución de los actos que le están permitidos. El parámetro para determinar el nivel de autonomía de la persona incapacitada es únicamente de carácter médico⁷¹.

En cuanto a las consecuencias de la incapacitación, cabe la distinción de dos figuras que, aunque reciben los mismos nombres que en nuestro

⁶⁹ Como el Cce no contiene unas causales cerradas relativas a los vicios del consentimiento, los trastornos de carácter transitorio parecen reconducirse a lo dispuesto en su artículo 1265.

⁷⁰ Cfr. ROMERO (2013), pp. 9-11. Cabe señalar que el legislador español permite al declarado incapaz por una enfermedad mental otorgar testamento siempre que se encuentre en un estado de lucidez transitoria, y previo reconocimiento de dos facultativos (artículo 663 del Cce dispone que están incapacitados para testar los menores de 14 años y los que habitual o accidentalmente no se hallaren en su cabal juicio; por su parte, el artículo 665 establece que siempre que el incapacitado por virtud de sentencia que no contenga pronunciamiento acerca de su capacidad para testar pretenda otorgar testamento, el Notario designará dos facultativos que la reconozcan y no lo autorizará sino cuando éstos respondan de su capacidad; y el artículo 666 dispone que, para apreciar la capacidad del testador, se atenderá únicamente al estado en que se halle al tiempo de otorgar el testamento). En materia matrimonial, por su parte, puede entenderse que no tiene importancia ni la incapacitación del contrayente ni, en principio, la evaluación médica, sino solo la aptitud actual para emitir el consentimiento con el suficiente discernimiento. Así, de anularse tales actos, no cabría invocar la incapacidad, sino la falta de juicio y discernimiento de aquella persona para que la voluntad dada tenga valor (esto es, la ausencia de la denominada capacidad natural). Esto porque solo son incapaces para contraer matrimonio los menores de edad no emancipados y los que se encuentren unidos a un vínculo matrimonial vigente, según lo dispone el artículo 46 del Cce. Por otro lado, el artículo 56 dispone que el Letrado de la Administración de Justicia, Notario, Encargado del Registro Civil o funcionario que tramite el acta o expediente, cuando sea necesario, podrá recabar de las Administraciones o entidades de iniciativa social de promoción y protección de los derechos de las personas con discapacidad, la provisión de apoyos humanos, técnicos y materiales que faciliten la emisión, interpretación y recepción del consentimiento del o los contrayentes. Solo en el caso excepcional de que alguno de los contrayentes presentare una condición de salud que, de modo evidente, categórico y sustancial, pueda impedirle prestar el consentimiento matrimonial pese a las medidas de apoyo, se recabará el dictamen médico sobre su aptitud para prestar el consentimiento. Antes de la modificación del año 2015, se exigía siempre una certificación médica para prestar consentimiento, en caso de enfermedades mentales. No obstante lo dicho, se ha discutido acerca de si la aptitud para consentir el matrimonio apunta al matrimonio *in fieri* o *in facto esse*, entendiéndose que solo en el primer caso podría contraerlo quien padezca de una enfermedad psíquica o mental. ROMERO (2013), p. 304.

⁷¹ El grado de “minusvalía” que determina el artículo 2.º de la Ley 41/2003.

Cc, son esencialmente diferentes y no siempre implican la representación, según ya hemos explicado. Por un lado, la tutela se define como un órgano estable, de actuación habitual, cuya finalidad es la sustitución de la voluntad respecto de quienes se ha limitado la capacidad, ya sea por ley o por sentencia judicial; es el caso de los menores de edad no emancipados ni sometidos a patria potestad. La curatela, en cambio, si bien es un órgano también estable no es de actuación habitual, ni tampoco ostenta un contenido uniforme; se restringe al ámbito patrimonial y su intervención es asistencial y de conformidad con determinados actos realizados por quien se encuentre sujeto a ella. Ambas figuras se regulan bajo el título x del libro primero del Cce denominado “De la tutela, de la curatela y de la guarda de los menores o incapacitados”⁷².

Aunque solo para efectos de contextualizar y permitir una comprensión más acabada del sistema español de instituciones asistenciales, vale la pena referirnos a las figuras de la guarda de hecho y al defensor judicial⁷³.

Regulado entre los artículos 299 y 302 del Cce, el defensor judicial representa y ampara los intereses de las personas incapacitadas que se hallen en conflicto con sus representantes legales o el curador. Asimismo, el artículo 299 bis dispone que teniendo conocimiento de la necesidad de someterse a tutela o curatela, y en tanto no recaiga resolución judicial que ponga fin al procedimiento, asumirá su representación y defensa el Ministerio Fiscal. En tal caso, cuando además del cuidado de la persona hubiera de procederse al de los bienes, el secretario judicial podrá designar un defensor judicial que administre los mismos, quien deberá rendirle cuentas de su gestión una vez concluida.

Por su parte, la guarda de hecho existe desde que una persona física o jurídica, que no tiene facultades tutelares asignadas de un modo formal, se encarga de otra voluntariamente y respecto de quien no se ha declarado la incapacidad⁷⁴. El artículo 303 del Cce establece que cuando la autoridad judicial tenga conocimiento de la existencia de un guardador de hecho,

⁷² Se ha explicado que la tutela alude a un supuesto más extremo de disociación entre capacidad natural y capacidad de obrar, tanto que requiere de la sustitución; mientras que la curatela responde a una disociación más leve que requiere ya sea de un complemento o de una asistencia. MAYOR DEL HOYO (2013), p. 27 y MARTÍNEZ DE AGUIRRE (2014), p. 17 y ss. Un resumen de los cargos tutelares en PACHECO (2019), p. 52 y ss. y ROMERO (2013), pp. 87-91. Sobre la regulación de la tutela, y las modificaciones que sufrió la legislación española hasta el año 2012: MAYOR DEL HOYO (2013) y LEGERÉN (2012). En cuanto a las modificaciones posteriores y hasta el año 2018: MAYOR DEL HOYO (2013), pp. 42-58 y PACHECO (2019), p. 52 y ss.

⁷³ Si bien se trata de figuras que operan respecto de los menores y de los entonces incapacitados, nos referiremos solo a éstos últimos habida cuenta del objetivo de este trabajo. Ambas instituciones están también contenidas en la reforma.

⁷⁴ GARCÍA (2016), p. 170 y ss.

podrá requerirle para que informe de la situación de la persona y los bienes de quien pudiera precisar de una institución de protección y apoyo, y de su actuación en relación con los mismos, pudiendo otorgar asimismo las medidas de control y vigilancia que considere oportunas. Mientras se mantenga la situación de guarda de hecho y hasta que se constituya la medida de protección adecuada, se podrán otorgar facultades tutelares a los guardadores. Procederá la declaración de situación de desamparo de las personas con la capacidad modificada judicialmente en situación de guarda de hecho, cuando, además de esta circunstancia, se den los presupuestos objetivos de falta de asistencia contemplados en el artículo 239 bis.

España firmó y ratificó la Convención y su protocolo facultativo, siendo tales instrumentos parte del ordenamiento jurídico interno desde el 03 de mayo de 2008. En el año 2019, el Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad observó a España en relación con el artículo 12 de la Convención⁷⁵ por disponer su *Código Civil* la privación de la capacidad jurídica por motivo de discapacidad⁷⁶, y mantener la sustitución en la adopción de decisiones. En atención a lo anterior, recomendó la derogación de todas las disposiciones jurídicas discriminatorias, al objeto de abolir los regímenes de sustitución en la adopción de decisiones, a la vez que reconozca la plena capacidad jurídica de todas las personas con discapacidad, e implante mecanismos para la adopción de decisiones con apoyos que respeten la dignidad, autonomía, deseo y preferencias de éstas.

Si bien con anterioridad se implementaron varias reformas destinadas a dar cumplimiento a dicho cuerpo normativo (como la ley 26/2011, de 01 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad; y otras que incluso tuvieron lugar previa antes de ésta, como la ley 41/2003 de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad), lo cierto es que ninguna de ellas había calado profundamente en las instituciones del Derecho civil, como la reforma que aquí presentamos⁷⁷.

⁷⁵ COMITÉ (2019).

⁷⁶ Aunque en realidad no es esta la causal de incapacitación, sino la señalada en el artículo 200 del Cce (ya descrita). Por tanto, entendemos que puede tratarse de cualquier persona y no solo de las personas con discapacidad.

⁷⁷ Por su parte, algunas comunidades autónomas establecieron figuras adaptadas a la Convención. Por ejemplo, la “asistencia” regulada entre los artículos 226-1 a 226-7 de la ley 25/2010 de 29 de julio del Libro II del *Código Civil* de Cataluña, relativo a las personas y a la familia. También el Tribunal Supremo, aún antes de las adaptaciones del Cce, venía pronunciándose de manera favorable a los mandatos de la Convención. Pueden leerse los siguientes fallos: *Sentencia del Tribunal Supremo* (2013); *Sentencia del Tribunal Supremo* (2021); y, *Sentencia del Tribunal Supremo* (2021).

La ya publicada modificación del Cce en materia de capacidad, en su última versión de fecha 18 de marzo de 2021⁷⁸, y que ha sido la aprobada y publicada como ley, establece cinco ejes centrales, que revisaremos a continuación⁷⁹.

1. Respecto de la capacidad y su ejercicio

No obstante las críticas que ya hemos descrito, la reforma optó por unificar en el concepto de “capacidad jurídica”, tanto la capacidad de obrar como la de goce.

Se eliminaron respecto de los mayores de edad figuras tales como la tutela, la patria potestad prorrogada y la patria potestad rehabilitada, atendiendo al mandato de imposibilidad de restringir la capacidad de las personas, y de sujetarlas de modo permanente a mecanismos que impliquen la sustitución de voluntad. En cuanto a la tutela, se modificó el artículo 199 del Cce eliminando la referencia a la declaración de incapacidad estableciendo en su lugar estable que solo estarán sujetos a tutela los menores de edad no emancipados, ya sea que no estén sujetos a patria potestad o que se encuentren en situación de desamparo⁸⁰. Junto con ello, se modificó el contenido del artículo 200 del Cce que más arriba hemos explicitado, pues las enfermedades o deficiencias de carácter físico o psíquico, aun cuando impidan el autogobierno, no serán una causal de incapacidad: de hecho, no hay ya causales de incapacidad, pues se ha eliminado toda referencia a la figura. Por tanto, se dispuso en el artículo 246 del Cce que el mayor de edad puede realizar todos los actos de la vida civil, salvo las excepciones establecidas en casos especiales.

31

2. Sobre las medidas de apoyo y salvaguardias

A partir del artículo 249 del Cce se disponen las medidas de apoyo para las personas mayores de edad. Estas pueden ser de carácter legal, judicial

⁷⁸ El extenso camino que ha recorrido la legislación española incluye los siguientes hitos relevantes en materia de modificación de la capacidad: anteproyecto de ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad, de 13 de septiembre de 2018; proyecto de ley de 17 de julio de 2020; enmiendas e índice de enmiendas al articulado, de 18 de diciembre de 2020; y, proyecto de ley de 18 de marzo de 2021.

⁷⁹ Si bien se trata de una reforma integral referida no solo al Cce sino también a la ley de enjuiciamiento civil y otras leyes especiales, nos centraremos en las disposiciones civiles sobre la capacidad y en particular al Cce, entendiendo que no es posible en tan pocas líneas formular un estudio completo del proyecto.

⁸⁰ El artículo segundo apartado veinte de la reforma, ordena modificar el título IX del libro primero del Cce, hoy bajo el rótulo “De la incapacitación”, y que pasó a denominarse “De la tutela y de la guarda de menores”.

o voluntarias⁸¹. Señala el legislador que todas ellas están destinadas al adecuado ejercicio de la capacidad jurídica, que tendrán por finalidad permitir el desarrollo pleno de la personalidad y su desenvolvimiento jurídico en condiciones de igualdad, y deberán estar inspiradas en el respeto a la dignidad de la tutela de sus derechos fundamentales. Las de origen legal o judicial solo procederán en defecto o insuficiencia de la voluntad, y todas deben ajustarse a los principios de necesidad y proporcionalidad. Quienes presten apoyo actuarán atendiendo a la voluntad, deseos y preferencias de quien lo requiera, y procurarán que la persona con discapacidad pueda desarrollar su propio proceso de toma de decisiones, informándola, ayudándola en su comprensión y razonamiento y facilitando que pueda expresar sus preferencias.

El inciso tercero del artículo 249 del Cce prevé que, en casos excepcionales, cuando, pese a haberse hecho un esfuerzo considerable, no sea posible determinar la voluntad, deseos y preferencias de la persona, las medidas de apoyo podrán incluir funciones representativas. En el ejercicio de estas últimas deberá atenderse a su trayectoria vital, creencias y valores, así como a los factores que ella hubiere considerado, con el fin de tomar la decisión que habría adoptado en caso de no requerir representación. Finalmente, se dispuso que la autoridad judicial podrá dictar las salvaguardias que considere oportunas a fin de asegurar que el ejercicio de las medidas de apoyo se ajuste a los criterios establecidos y, en particular, que atienda a la voluntad, deseos y preferencias de quien las requiera.

El legislador español también prevé que, cuando una persona se encuentre en una situación que exija apoyo para el ejercicio de su capacidad de modo urgente y carezca de un guardador de hecho, el apoyo se prestará de modo provisional por la entidad pública que en el respectivo territorio tenga encomendada esta función, la que pondrá será puesta en conocimiento al Ministerio Fiscal en el plazo de veinticuatro horas (artículo 253 del Cce).

a. Respecto de la curatela

Aunque en la reforma se contemplan también como medidas de apoyo la guarda de hecho y la institución del defensor judicial, la figura primordial es la curatela. Se trata de una institución única, pero adaptable a las más

⁸¹ El artículo segundo apartado veintidós ordena modificar el título XI del libro primero del Cce, hasta ahora destinado a las normas relativas a la mayor edad y la emancipación, pasando a denominarse: “De las medidas de apoyo a las personas con discapacidad para el ejercicio de su capacidad jurídica”. Cabe destacar que, no obstante la redacción del título, sus disposiciones están destinadas a todas aquellas personas que precisen de las medidas de apoyo para el adecuado ejercicio de su capacidad jurídica.

variadas circunstancias que acusan las discapacidades psíquicas o mentales. Dicha flexibilidad presenta además ciertas ventajas entre las que se destacan el evitar eventuales vacíos legales y la confusión de unas figuras con otras⁸².

La curatela se establece como una medida formal de apoyo, de carácter judicial, aplicable a quienes lo precisen de modo continuado. Su extensión será determinada por la correspondiente resolución judicial, en armonía con la situación y circunstancias de la persona con discapacidad y con sus necesidades de apoyo, y en ningún caso podrá significar la mera privación de derechos. Atendido el carácter subsidiario de las medidas de protección judicial, y la prevalencia de las medidas de carácter voluntario, se constituirá únicamente cuando no exista otra medida de apoyo suficiente.

El curador, excepcionalmente, tendrá facultades de representación, aunque su implementación no precisa de un procedimiento judicial de incapacitación, ni tampoco de la modificación de la capacidad del sujeto (prevención que nos parece de la mayor importancia⁸³). La autoridad judicial será quien determine de manera precisa los actos para los que se requiere la asistencia del curador, indicando, en su caso, respecto de cuales debe ejercerse la representación. Además, según lo dispone el artículo 285 del Cce, el curador con facultades representativas estará obligado a hacer un inventario del patrimonio de la persona en cuyo favor se ha establecido el apoyo dentro del plazo de sesenta días, a contar desde aquel en que hubiese tomado posesión de su cargo.

En cuanto a las salvaguardias, vale decir, aquellas prevenciones que (como ya hemos señalado) debe establecer el legislador para evitar que se produzca una situación de abuso, podemos señalar varias cuestiones.

En primer lugar, las medidas de apoyo judicial deben revisarse periódicamente en un plazo máximo de tres años. No obstante, la autoridad judicial podrá, de manera excepcional y motivada en el procedimiento de provisión o, en su caso, de modificación de apoyos, establecer un plazo de revisión superior que no podrá exceder de seis años; y en todo caso, se revisarán ante cualquier cambio en la situación de la persona que pueda requerir una modificación de estas. Sin perjuicio de las revisiones periódicas de estas resoluciones, el Ministerio Fiscal podrá recabar en cualquier momento la información que considere necesaria a fin de garantizar el buen funcionamiento de la curatela.

⁸² MARTÍNEZ DE AGUIRRE (2014), p. 140.

⁸³ Y que parece dar estricto cumplimiento a las verdaderas intenciones de la Convención. El artículo 269 inciso tercero dispone que: “Solo en los casos excepcionales en los que resulte imprescindible por las circunstancias de la persona con discapacidad, la autoridad judicial determinará en resolución motivada los actos concretos en los que el curador habrá de asumir la representación de la persona con discapacidad”.

En segundo lugar, y según señala el artículo 270 del Cce, la autoridad judicial establecerá en la resolución que constituya la curatela, o en otra posterior, las medidas de control que estime oportunas para garantizar el respeto de los derechos, la voluntad y las preferencias de quien precisa el apoyo, y evitar los abusos, los conflictos de intereses y la influencia indebida. También podrá exigir en cualquier momento al curador que, en el ámbito de sus funciones, informe sobre la situación personal o patrimonial de aquella. Además, el curador estará obligado a mantener contacto con la persona a la que va a prestárselo y a desempeñar las funciones encomendadas con la diligencia debida (artículo 282 del Cce).

En tercer lugar, si la autoridad judicial lo considera necesario podrá exigir al curador la constitución de una fianza que asegure el cumplimiento de sus obligaciones, y determinar la modalidad y cuantía de la misma (artículo 284 del Cce).

Por último, y, como parece requerirlo un equilibrio entre la autonomía y la protección, el art 287 del Cce señala que el curador que ejerza funciones de representación necesitará autorización judicial para los actos que determine la resolución y, en todo caso, para determinadas gestiones. Entre estas podemos mencionar las siguientes⁸⁴: enajenar o gravar bienes inmuebles, establecimientos mercantiles o industriales, bienes o derechos de especial significado personal o familiar o bienes muebles de extraordinario valor⁸⁵; disponer a título gratuito de bienes o derechos (salvo los que tengan escasa relevancia económica y carezcan de especial significado); celebrar contratos de seguro de vida, renta vitalicia y otros análogos, cuando estos requieran de inversiones o aportaciones de cuantía extraordinaria; etc. Cabe destacar que antes de autorizar o aprobar cualquiera de los actos que requieran de autorización judicial, deberá oírse al Ministerio Fiscal y a la persona con medidas de apoyo, además de recabarse los informes que le sean solicitados o se estimen pertinentes (artículo 290 del Cce).

34

b. Respecto de las medidas voluntarias

Buena parte de la reforma aquí aludida se orienta a la regulación de los denominados mecanismos voluntarios de protección, previendo su utilización de modo preferente a las medidas de carácter legal y judicial. Aunque al-

⁸⁴ Y que, por supuesto, dicen relación con la magnitud de los efectos jurídicos que estas pudieran ocasionar en la persona y/o en los bienes del representado.

⁸⁵ Además, según dispone el mismo artículo “la enajenación de los bienes mencionados en este párrafo se realizará mediante venta directa, salvo que el Tribunal considere que es necesaria la enajenación en subasta judicial para mejor y plena garantía de los derechos e intereses de su titular”.

gunas de estas figuras ya habían sido contempladas a través de la ley 41/2003, de 18 de noviembre⁸⁶, se prevén ahora de manera mucho más consistente.

Bajo el rótulo “de las medidas voluntarias de apoyo”, a partir del artículo 254 del Cce, la reforma regula los poderes y mandatos preventivos. De este modo, cualquier persona mayor de edad o menor emancipado en previsión o apreciación de la concurrencia de circunstancias que puedan dificultarle el ejercicio de su capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás, podrá acordar en escritura pública medidas de apoyo relativas a su persona o sus bienes. También podrá establecer el régimen de actuación, el alcance de las facultades de quien o quienes hayan de prestar apoyo, o la forma de su ejercicio, el cual se prestará conforme a lo dispuesto en el artículo 249 del Cce. Asimismo, podrán preverse las medidas u órganos de control que se estimen oportunos, las salvaguardias necesarias para evitar abusos, conflictos de intereses o influencia indebida, y los mecanismos y plazos de revisión, con el fin de garantizar el respeto de su voluntad, deseos y preferencias. Por su parte, el artículo 271 del Cce establece la figura de la “autocuratela”, de modo tal que cualquier persona mayor de edad o menor emancipada, en previsión de la concurrencia de circunstancias que puedan dificultarle el ejercicio de su capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás, podrá proponer en escritura pública el nombramiento o la exclusión de una o varias personas determinadas para el ejercicio de la función de curador. Asimismo, podrá establecer disposiciones sobre el funcionamiento y contenido de la curatela y, en especial, sobre su cuidado, reglas de administración y disposición de sus bienes, retribución del curador, obligación de hacer inventario o su dispensa y medidas de vigilancia y control, así como proponer quienes las llevarán a cabo a cabo.

Finalmente, cabe destacar que aunque se trata de herramientas jurídicas muy útiles para aquellos casos en los que una persona prevé una futura falta de aptitud para la toma de decisiones, no podría utilizarse para situaciones que pudieran afectar las facultades volitivas desde su nacimiento o desde una época anterior al cumplimiento de la mayoría de edad.

3. En cuanto a la validez de los actos y las causales de nulidad (especial referencia a la ventaja injusta)

Téngase en cuenta que el actual artículo 1263 n.º 2 del Cce establece que no pueden prestar consentimiento los que tienen modificada judicialmente su capacidad en los términos señalados por la resolución judicial, lo que unido a lo dispuesto en el artículo 1261 n.º 1 (no hay contrato sino cuando

⁸⁶ De protección patrimonial de las personas con discapacidad.

concorre el consentimiento de los contratantes) permite concluir que el acto celebrado por un incapaz es nulo.

Atendiendo a la nueva redacción del artículo 199 y siguientes, y habida cuenta de la necesidad de adaptación de las normas relativas a la nulidad, la reforma elimina el numeral segundo del artículo 1263, estableciéndose ahora un párrafo único referido a los menores de edad no emancipados⁸⁷. Lo propio ocurre con el artículo 1291 que consagra las causales de rescisión, a fin de considerar los mecanismos de apoyo para el ejercicio de la capacidad previstos en la misma ley. De este modo, se vislumbra una nueva redacción de la causal de rescisión, en los siguientes términos:

“son rescindibles: 1.º los contratos que hubieran podido celebrar sin autorización judicial los tutores o los curadores con facultades de representación, siempre que las personas a quienes representen hayan sufrido lesión en más de la cuarta parte del valor de las cosas que hubiesen sido objeto de aquéllos”⁸⁸.

El artículo 1301 del Cce, en el que se contienen las normas relativas al cómputo del plazo de caducidad de la acción de nulidad, elimina la referencia a los incapacitados y agrega que, cuando la acción se refiera a los contratos celebrados por personas con discapacidad prescindiendo de las medidas de apoyo, cuando éstas sean precisas, el cómputo del plazo se iniciará desde la celebración del contrato.

Por su parte el artículo 1302 del Cce, en el que se contienen las reglas relativas a la legitimación activa de la acción de nulidad, también presenta importantes modificaciones que obedecerían al nuevo estatuto jurídico de la discapacidad. Así, el n.º 3.º de dicha disposición prescribe que los contratos celebrados por personas con discapacidad provistas de medidas de apoyo para el ejercicio de su capacidad y que contrataren prescendien-

⁸⁷ No contenía la misma redacción el anteproyecto ya aludido, donde se estipulaba en lugar del actual numeral segundo del artículo 1263 el siguiente tenor: “Las personas con discapacidad que cuenten con medidas de apoyo podrán contratar sin más limitaciones que las derivadas de ellas”. Dicha redacción fue criticada por la doctrina, por considerarse que seguía la misma línea del Cc vigente, en cuanto se remitía a una medida de apoyo restrictiva de las actuaciones de las personas con discapacidad. Véase en este sentido, por ejemplo, DE AMUNÁTEGUI (2019), p. 57.

⁸⁸ La redacción actual solo hace referencia a los tutores. Por su parte, el artículo 1299 también se adaptaría a fin de lograr una coherencia interna en el articulado del Cc. Así, si bien la redacción actual se refiere en su inciso II al cómputo del plazo para ejercer la acción de rescisión si se tratase de una persona sujeta a tutela; como hoy las personas mayores con discapacidad no estarían sujetas a tutela (porque no lo estaría ningún mayor de edad), se ha incorporado la referencia a “...las personas con discapacidad provistas de las medidas de apoyo que establezcan facultad de representación”.

do de ellas, cuando fueran precisas, podrán ser anulados por ellas con el apoyo que requieran; y también por sus herederos durante el tiempo que faltare para completar el plazo, si esta hubiere fallecido antes del transcurso del tiempo en que pudo ejercitar la acción. Por su parte, podrá ejercer la acción de nulidad, la persona a la que hubiere correspondido prestar el apoyo, en cuyo caso, la anulación solo procederá cuando el otro contratante fuera conocedor de la existencia de medidas de apoyo en el momento de la contratación o se hubiera aprovechado de otro modo de la situación de discapacidad obteniendo una ventaja injusta. Por último, el mismo artículo, en cuanto a esta materia se refiere, dispone en el n.º 4.º que los contratantes no podrán alegar la falta de apoyo de aquel con quien contrataron⁸⁹.

Por su parte, el artículo 1314 del Cce en su inciso final señala que

“si la causa de la acción fuere haber prescindido el contratante con discapacidad de las medidas de apoyo establecidas cuando fueran precisas, la pérdida de la cosa no será obstáculo para que la acción prevalezca, siempre que el otro contratante fuera conocedor de la existencia de medidas de apoyo en el momento de la contratación o se hubiera aprovechado de otro modo de la situación de discapacidad obteniendo de ello una ventaja injusta”.

La ventaja injusta a la que se refieren las normas antes dichas, se configura como un supuesto de ineficacia aplicable a aquellos negocios jurídicos en los que concurre una desproporción notoria o extraordinaria entre las prestaciones de las partes, atendidas diversas situaciones: dependencia, dificultades económicas, necesidad, inexperiencia o incapacidad de comprender de una de las partes, y que la otra aprovechare para obtener una ventaja patrimonial desproporcionada, ya sea para sí misma o para un tercero⁹⁰.

El Derecho español, no incorpora esta figura en términos generales al Derecho de las obligaciones, ni de los contratos. La reforma, tal como hemos explicitado, prevé la ventaja injusta respecto de los contratos celebrados con personas con discapacidad, pero también con menores de edad, entendiendo que en ambos casos se trata de categorías de sujetos vulnerables, o incluso, hipervulnerables⁹¹.

⁸⁹ El actual artículo 1302 del Cce dispone lo siguiente: “pueden ejercitar la acción de nulidad de los contratos los obligados principal o subsidiariamente en virtud de ellos. Las personas capaces no podrán, sin embargo, alegar la incapacidad de aquellos con quienes contrataron; ni los que causaron la intimidación o violencia, o emplearon el dolo o produjeron el error, podrán fundar su acción en estos vicios del contrato”.

⁹⁰ LINACERO (2019), p. 13.

⁹¹ El concepto de hipervulnerabilidad se ha desarrollado ya con relación al Derecho del consumo en algunos países, como puede verse en el artículo 39 del Código de Defensa

Debemos destacar que la redacción de estos artículos ha suscitado un particular debate en torno a la significancia de sus contenidos. En ellos se establece una causal de impugnación, que obedecería precisamente a la situación de discapacidad de las personas que hubieren intervenido en el acto o contrato. De este modo, aquello que se pretendía evitar eliminando toda referencia a la incapacitación en las que se entendían incluidas las personas con discapacidad, se estaría ahora propiciando por vía de nulidad, tratándose de un espíritu contrario a la presunción general de capacidad y al principio de igualdad que motivaron la reforma. De Amunátegui, por ejemplo (con quien coincidimos), estima que no habría que señalar ninguna referencia a la discapacidad, sino que simplemente reconocer la validez del acto y recurrir, en caso de duda, a las causales de nulidad o anulabilidad establecidas respecto de toda persona⁹².

Podría parecer acertada la decisión del legislador español, en el entendido de hacer públicos los apoyos (según veremos), ya que así correspondería al otro contratante informarse acerca de las medidas implementadas respecto de la persona con quien desea contratar. Sin embargo, por un lado, de la redacción del Cce se desprende que el hecho de haberse conocido las medidas es una de las situaciones que podrían dar lugar a la solicitud de nulidad, por parte de quien debía prestar los apoyos (y no para el caso de ser la persona con discapacidad quien la solicite), y, por tanto, si quien reclama la nulidad es la quien ha actuado sin apoyo debiendo hacerlo, el legislador no exige ni conocimiento del otro contratante de la existencia de medidas, ni de una ventaja injusta por su parte. Por otro lado, y en el caso de ser quien debía prestar el apoyo el solicitante de la nulidad, ocurre que el legislador utiliza la conjunción disyuntiva “o” y no copulativa “y”, de modo tal que parece bastar el solo conocimiento de las medidas para que proceda la nulidad, aun cuando no exista una ventaja injusta para el otro contratante.

Así, creemos que los supuestos descritos exceden de lo que implicaría una protección para el contratante vulnerable, toda vez que tiene la alternativa de solicitar la nulidad a pesar de que la otra parte no haya obtenido

del Consumidor brasileño “Se prohíbe al proveedor de productos o servicios, entre otras prácticas abusivas: IV – aprovechar la debilidad o desconocimiento del consumidor, en vista de su edad, salud, conocimientos o condición social, para imponerle sus productos o servicios”.

⁹² DE AMUNÁTEGUI (2019), p. 58 y ss.; también LÓPEZ (2020), p. 108. En este sentido es que, tal como explicaremos más adelante, Chile requeriría de una modificación de las causales de nulidad, haciendo alusión a un supuesto aplicable a toda persona, sin especificidades que protejan de manera más intensa a determinado grupo de personas. Tal causal, además de parecer suficiente salvaguardia, evita el desincentivo a la contratación y permite la debida certeza jurídica; ello tanto para el evento de haber actuado o no un apoyo, pues lo contrario (eximir a quienes hayan actuado bajo una medida de apoyo, de la posibilidad de anular el acto o contrato), sí sería una discriminación.

aquella ventaja injusta a la que alude la ley. Entonces, quien estaría en una situación de privilegios sería la persona con discapacidad y no el supuesto contratante más fuerte. Si bien no podemos hablar de una ventaja injusta “inversa” (por llamarle de alguna manera) porque no siempre se daría el supuesto de desproporción en las prestaciones, lo cierto es que quien debía contar con apoyos y que, por ejemplo, ha decidido no requerirlos, contará ahora con una causal de nulidad que no es aplicable respecto de ningún otro contratante y que lo pondría en una situación de ventaja también injusta o a lo menos injustificada. Otra cuestión sería que no hubiere actuado con apoyo, por ejemplo, por negligencia de quien debía prestarlo, pero allí tampoco creemos que cabría la nulidad por una causa distinta a la que pudiera invocar cualquier otro, sino más bien la responsabilidad del curador.

Por todo lo expuesto, solo se justificaría la causal de nulidad si la persona con discapacidad debiendo actuar representada (vale decir, cuando el apoyo implica facultades de representación para el acto en particular) actúa personalmente. Así, creemos que existe una sobreprotección respecto de quien ha contratado sin apoyos, aún teniéndolos, y no parece adecuado invocar como causal de nulidad aquello que, en cambio, no se puede aludir como causal de incapacidad (la discapacidad), existiendo aquí (a nuestro entender) una clara incoherencia del legislador español.

4. En cuanto a la responsabilidad

En cuanto a la responsabilidad de la persona con discapacidad o de quien actúe como su curador, las intenciones de la reforma habrían variado en sus distintas versiones.

El Anteproyecto disponía un contenido en el que, lejos de un sesgo protector, responsabilizaba a la persona con discapacidad por todos los daños causados a terceros, sin perjuicio de lo establecido en los artículos 1902 y 1903 del Cce⁹³. Se entendía entonces que se mantenía intacto el principio consagrado en el artículo 1902, de modo que quien por acción u omisión causare daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, estaría obligado a su reparación; disposición que por mandato del artículo 1903 no solo es aplicable a los actos propios, sino también respecto de los cometidos por aquellas personas por quienes se debe responder, agregándose un párrafo cuarto a dicho artículo en el que se señalaba que los curadores con facultades de representación plena serían responsables por los perjuicios causados por la persona a quien presten apoyo, siempre que convivan con ella⁹⁴.

La ley aprobada contiene algunas disposiciones en esta materia.

⁹³ Contenido del entonces artículo 297 del anteproyecto de reforma del Cce.

⁹⁴ Eliminandose del párrafo III del actual artículo 1903 la referencia al “incapacitado”.

Por una parte, el artículo 297 del Cce atribuye responsabilidad al curador, en el evento de no responder a la obligación atribuida respecto de conocer y respetar la voluntad, deseos y preferencias de la persona a la que preste apoyo. Si bien el legislador no se remite ya a las normas de los artículos 1902 y 1903 del Cce, sí se mantiene la modificación de este último en cuanto a la agregación del párrafo cuarto en los mismos términos que los previstos en el anteproyecto. Es decir, los curadores que ostentan facultades de representación plena de la responderán por sus actos, siempre que convivan con ellas. Así, se aplica la misma regla relativa hoy a los tutores, quienes responden por los perjuicios causados por los incapacitados que se encuentran bajo su autoridad y que habitan en su compañía.

Por otra parte, en cuanto a los terceros se refiere, el artículo 299 del Cce dispone que la persona con discapacidad responderá por los daños causados a otros, de acuerdo con el capítulo II del título XVI del libro cuarto del Cce, sin perjuicio de lo establecido en materia de responsabilidad extracontractual en relación con otros posibles responsables. De este modo, por regla general, la persona con discapacidad o con cualquier otra condición que dificulte el ejercicio de su capacidad, responde por sus propios actos. Sin embargo, se mantiene el rol protector que corresponde al legislador precisamente respecto de quienes cuya necesidad de apoyo es tan intensa que otro (quien presta el apoyo) debe actuar por él. En tal caso, creemos que se ha comprendido el espíritu de la Convención cual es, precisamente, otorgar autonomía allí donde y cuando sea posible, previendo que existen sujetos cuyas facultades cognoscitivas y volitivas se encuentran de tal manera afectadas que no pueden sino ser protegidas y, por tanto no pueden ni deben responder por los daños causados. Una disposición en contrario implicaría desproteger a quienes son vulnerables y que no están ni pueden llegar a estar en igualdad de condiciones que aquellos que no lo son.

40

5. Sobre el registro público

Podemos encontrar en distintas disposiciones de la reforma la obligatoriedad de registrar las medidas que sirvan para el ejercicio de la capacidad. El inciso cuarto del artículo 255 del Cce dispone que el notario autorizante comunicará de oficio y sin dilación el documento público que contenga las medidas de apoyo al Registro Civil, para su constancia en el registro individual del otorgante. En tanto, el artículo 260 establece que los poderes preventivos habrán de otorgarse en escritura pública, y que el notario autorizante los comunicará de oficio y sin dilación al Registro Civil para su constancia en el registro individual del poderdante. En el mismo sentido, el artículo 300 determina que las resoluciones judiciales y los documentos

públicos notariales sobre los cargos tutelares y medidas de apoyo a personas con discapacidad habrán de inscribirse en el Registro Civil.

En cuanto a otros cuerpos normativos podemos mencionar la ley hipotecaria, aprobada por Decreto de 08 de febrero de 1946, que ha sido modificada por la reforma en su artículo 2 ordinal IV, estableciéndose que

“las inscripciones de resoluciones judiciales sobre medidas de apoyo realizadas en virtud de este apartado, se practicarán exclusivamente en el Libro sobre administración y disposición de bienes inmuebles”.

Apreciamos como una innovación positiva la existencia de aquellos registros, y creemos que no se habría logrado la debida coherencia si el legislador español hubiere prescindido de la necesidad de registrar públicamente todas aquellas medidas de carácter voluntario, legal o judicial, que se implementen respecto de quienes requieren de apoyos en el ejercicio de su capacidad. Lo anterior, en beneficio del resguardo de la certeza jurídica y de su conocimiento por parte de terceros, habida la reforma no solo de las normas de capacidad sino también de las referidas a la ineficacia y la responsabilidad, como acabamos de expresar.

41

IV. LA NECESARIA REVISIÓN DEL *CÓDIGO CIVIL* CHILENO: SUS FUNDAMENTOS REALES, MÁS ALLÁ DE LA CIDPD

Es cierto que Chile ha ratificado la Convención, pero también lo es que con o sin ella cabrían las mismas reflexiones: estamos frente a una legislación arcaica y ya obsoleta en materia de capacidad; y, aunque podemos afirmar que se ha evolucionado en algunos de sus aspectos, otros permanecen intactos desde la época antigua⁹⁵.

Se requiere una reforma cabal, tanto sustantiva como procedimental; implementar un sistema coherente con el ordenamiento jurídico en su conjunto, comprensivo de las diversas situaciones que hemos descrito en este trabajo, y que respete no solo los derechos de las personas con discapacidad sino de todos aquellos que, por cualquier causa, no detentan la

⁹⁵ La enfermedad física o mental fue considerada como una causa limitativa de la capacidad de obrar desde la antigüedad. Los denominados *furiosi* (dementes) carecían de absoluta capacidad de obrar y, por tanto, requerían de un curador: PUMAR (2005), p. 100 y ENDARA (2019), p. 5. En el Derecho romano, incluso la morfología de la cabeza era determinante para considerar si un individuo tenía figura humana o no, y podía entonces ser persona. No estamos muy lejos de eso en nuestro Cc, aunque sí lo estemos en la realidad.

aptitud o competencia suficiente para entender y decidir por sí solas en los diferentes ámbitos de su vida⁹⁶.

De Amunátegui refleja muy bien la realidad:

“ni todo lo que hay a día de hoy es desdeñable, o atentatorio respecto de la protección de las personas, ni todo lo que se proyecta legislativamente tiene en cuenta la variedad de situaciones que pueden existir en la práctica”⁹⁷.

Pues bien, en este apartado daremos cuenta de aquellas falencias que se presentan respecto del demente como sujeto incapaz, sobre la base de lo ya reseñado en el epígrafe 1 de este artículo, a fin de determinar por qué parece necesaria una revisión y eventual modificación de aquel sistema de atribución general, de carácter rígido, y que excluye *a priori* a un determinado grupo de sujetos del tráfico jurídico⁹⁸; todo, más allá de la Convención, pero también desde la que entendemos como una adecuada lectura de su tan mentado artículo 12.

En primer lugar, como es sabido, ocurre que el legislador nacional no ha definido qué entiende por “demente”, aunque tanto la doctrina como la jurisprudencia han desarrollado aquel concepto. Se ha dicho que se trata de seres privados de razón, o que se comprenden en esta causal todos aquellos que padezcan de un trastorno o enfermedad mental privativas de razón⁹⁹. En otras palabras, se trataría de personas respecto de las cuales se ha enten-

42

⁹⁶ Y ello porque, insistimos, la discapacidad no es la única causa de una posible falta de autonomía, ni implica siempre aquella carencia. Hay personas con discapacidad que pueden ser autónomas (en mayor o menor grado); y, por otro lado, pueden generar afectación del conocer y el querer y, por tanto, la falta de aquella autonomía: la edad avanzada, la dependencia a determinados fármacos o sustancias, etc. Sobre la relación entre la discapacidad y la dependencia: DELGADO (2014), pp. 258- 270.

⁹⁷ DE AMUNÁTEGUI (2019), p. 17 (aunque refiriéndose al sistema español).

⁹⁸ Con la consecuente obligación de nombrarles un curador que pueda representarles a todo evento. Sobre los modelos de atribución de incapacidad, véase LATHROP (2019), p. 147.

⁹⁹ Entre otros, RUZ (2012), p. 623 y DUCCI (2000), p. 123. Se deduce aquella interpretación, pues “demente” proviene de la palabra latina *demens*, que significa “privado”, y *mens* significa “mente”. Sin embargo, se ha definido también como aquella persona que está con sus facultades mentales perturbadas. DUCCI (2000), p. 283. Por su parte, el *Código Sanitario* definía en su artículo 172 inciso segundo como “demente” a quien tenga “...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”. Para consultar sobre los distintos conceptos que la doctrina ha dado a la voz “demente”, véase LATHROP (2019), p. 141 y ss.

dido que no tienen voluntad porque sus condiciones fisiológicas no le permitirían formarse un concepto cabal de lo que pretenden realizar¹⁰⁰.

En cuanto a si dicha privación de razón debe ser producto o no de una enfermedad mental, no parece existir claridad. De hecho, mientras Claro Solar entiende que puede tratarse de cualquier causa¹⁰¹, Alessandri estima que solo se trata de privaciones de razón derivadas de trastornos de carácter mental¹⁰².

Lo cierto es que más allá de su origen, lo verdaderamente importante en la actual causal de incapacidad es la existencia de aquella privación de razón al momento de la celebración del acto jurídico (le denominemos o no demencia), de modo tal que siempre que exista dicho presupuesto fáctico el acto será nulo de nulidad absoluta (más bien anulable) por entender el legislador que se carecía entonces de voluntad¹⁰³.

Se ha dicho también que el “demente” es un incapaz absoluto sea que se haya declarado o no su interdicción¹⁰⁴. Sin embargo, creemos que lo que en realidad dice el legislador es que si no hay decreto de interdicción corresponderá probar la demencia (falta de razón) existente al momento de la celebración del acto o contrato, lo que se explicita en el artículo 465 del Cc. En efecto, dicha disposición establece que los actos y contratos del demente, posteriores al decreto de interdicción, serán nulos; aunque se alegue haberse ejecutado o celebrado en un intervalo lúcido (inciso primero). Y, por el contrario, los actos y contratos ejecutados o celebrados

¹⁰⁰ ALESSANDRI *et al.* (2011), p. 201. De aquí que señalen estos autores que en atención a los principios jurídicos puros se trataría de actos inexistentes, y no nulos ni anulables, ya que (a su entender) los dementes carecerían de voluntad y sin ella no puede concebirse acto jurídico alguno.

¹⁰¹ CLARO (1937), pp. 22-23.

¹⁰² ALESSANDRI (2009), pp. 49-51.

¹⁰³ Hacemos aquí presente la misma prevención realizada al inicio: no es que tales individuos carezcan de voluntad (porque todo ser humano la tiene), sino que aquella voluntad no iría acompañada de un juicio previo (deliberación libre e informada) y, por tanto, la persona carece de discernimiento. De ahí que, en términos jurídicos (y solo jurídicos) se les considera como carentes de voluntad. Lo que aparentemente ocurre es que se dificulta la facultad de autogobernarse, entendida esta como la aptitud necesaria para actuar libremente, y con conocimiento suficiente, seguido de un acto de voluntad espontáneo. En nuestra doctrina, Arenas señala que el demente sí tiene voluntad pero que, en realidad, el legislador lo considera un incapaz absoluto porque dicha voluntad no ha llegado a desarrollarse o está tan afectada que no cumple con el fin esperado, o bien no puede corroborarse que la decisión que da origen a la manifestación de su voluntad haya sido autónoma. ARENAS (2013), pp. 73-99. Ese es el punto de verdadero interés. Perderse en discutir si todos los seres humanos tienen voluntad, no lleva más que a una disputa terminológica que no tiene un efecto práctico gravitante ni para el Derecho ni para las personas afectadas en sus facultades psíquicas o intelectuales.

¹⁰⁴ Por todos, DUCCI (2000), pp. 123 y 283.

sin previa interdicción, serán válidos; a menos de probarse que el que los ejecutó o celebró estaba entonces demente (inciso segundo).

Debe tenerse en cuenta que la interdicción, y el consiguiente nombramiento de un curador, solo procede cuando aquella anomalía o trastorno aludido responde a un carácter habitual (no permanente¹⁰⁵), quedando excluidas las privaciones pasajeras de razón a las que podría verse expuesto, por ejemplo, un alcohólico¹⁰⁶. No obstante, se considera que existe aquella privación aún cuando el demente tenga intervalos lúcidos, porque así lo dispone el mismo artículo 456 del Cc, de modo tal que no cabe la posibilidad de celebrar actos o contratos válidos si se ha declarado la interdicción, ni aún cuando pareciera que en determinados periodos la persona recobrara la razón de la que se supone carece. Así, a nuestro legislador le es irrelevante que el interdicto por demencia tenga intervalos lúcidos y, por tanto, no se atenderá a su estado real sino a la declaración judicial que lo declare como tal.

44

Por su parte, atendiendo a lo dicho por el ya referido artículo 456 del Cc, y en una simple interpretación *a contrario sensu*, no existiendo decreto de interdicción, si cabría la posibilidad de que una persona, estando de manera habitual privado de razón actúe en un momento de lucidez, debiendo entenderse que dicho acto ha sido válidamente celebrado. De este modo, y como la capacidad se presume (y es la regla general), quien alega la falta de juicio o discernimiento y, por tanto, la incapacidad absoluta de aquel “demente” no declarado interdicto, debe probarlo. Creemos que entonces en este caso (cuando no hay decreto de interdicción) sí tienen importancia los intervalos lúcidos de las personas que padecen algún trastorno o anomalía psíquica que les priva habitualmente de razón. Por tanto, lo que debe probar quien que reclama la nulidad absoluta de un acto o contrato es, ya no una situación jurídica (vale decir, la existencia de un decreto que declara la interdicción por demencia) sino la demencia en sí misma, entendida como ya se ha dicho (en términos amplios) como la privación de razón al momento de la celebración del acto o contrato; hecho que desde el punto de vista procesal sería constitutivo de su pretensión¹⁰⁷.

Así, el demandante debe destruir aquello que presume el legislador: que la capacidad de la persona demandada no es tal; mientras que a quien se le alega la falta de razón, no le correspondería (podría pensarse) probar hecho alguno. Sin embargo, y aquí una paradoja relativa a la carga de la

¹⁰⁵ De ahí que se contempla la figura de la rehabilitación del demente en el artículo 468 del Cc.

¹⁰⁶ Se ha entendido así por la doctrina. Véase, por ejemplo, Ruz (2012), p. 624.

¹⁰⁷ Incumbe al demandado la carga de probar los hechos que, conforme a las normas que le sean aplicables, impidan o enerven la eficacia jurídica de los hechos constitutivos. MONTERO (2002), p. 95.

prueba: si al demandante incumbe probar que el demandado era incapaz al momento de celebrar el acto o contrato, entonces este último debería probar que aquel hecho alegado por el demandante no es tal y, entonces, a pesar de tratarse de una presunción, de aquellas que sí permiten prueba en contrario (simplemente legal), a quien se le pretende desnudar de aquella presunción, debe probar que sí era capaz al momento de la celebración del acto. Y, aunque podría entenderse que se trata de una inversión voluntaria de la carga de la prueba, en realidad no lo es.

Descrita la situación jurídica actual del considerado demente, corresponden ahora las siguientes afirmaciones y reflexiones, atendiendo (insistimos) no solo al mandato del artículo 12 de la Convención, sino a la afirmación contenida *supra*: nuestro sistema no se ajusta a la realidad.

1. Advertencia previa

Ocurre que aquellas personas que por múltiples razones vean afectadas sus facultades de conocer y querer no están siempre en aquel estado; o de estarlo, la afectación puede ser tan leve que no le impida la toma de decisiones de manera libre y espontánea. Una enfermedad mental, ya sea de origen o sobrevenida puede o no implicar la ausencia de juicio y una enfermedad psíquica corre la misma suerte; de una discapacidad, en estos términos (afectación de la voluntad), puede decirse lo mismo¹⁰⁸. Si en tales supuestos no se ve comprometido el juicio o discernimiento, nada debe impedir que estas intervengan en el tráfico jurídico y que, por consiguiente, asuman también sus consecuencias (responsabilidad).

El asunto es distinto cuando el sujeto (con discapacidad o no) padece de algún trastorno que comprende un declive (gradual o no) de sus funciones intelectuales, cuyos síntomas se concretan, por ejemplo, en la pérdida de la memoria (ya sea a corto o largo plazo) o la imposibilidad de comprender aquello que le permita decidir de forma consciente e informada entre lo que quiere y lo que no quiere.

Ahora bien, por muy alterada que pueda estar la aptitud cognoscitiva y volitiva de una persona, no puede ni excluirsele *a priori*, ni en términos categóricos de la vida jurídica; ni, mucho menos cabría declararla judicialmente incapaz. Hacerlo es desconocer la enorme diversidad de situaciones que pueden darse bajo el mismo supuesto y respecto de las cuales el

¹⁰⁸ A riesgo de sobreabundar en este tema: VALDÉS (2014), p. 3: "...la ineptitud física o psíquica no conlleva de forma ineluctable a la incapacidad, que solo procedería cuando se pruebe que aquella, la discapacidad, priva a la persona de la posibilidad real de querer y entender, y de poder manifestar su voluntad adecuadamente". Luego agrega: "...muchas veces la persona con discapacidades está apta para el ejercicio de sus derechos...".

legislador debe distinguir¹⁰⁹. Como veremos, hay mecanismos menos lesivos, que respetan aunque sea el mínimo atisbo de autonomía que pueda tener una persona, y los hay también para aquellas situaciones de mayor gravedad que requieren, por ejemplo, de la representación: encontrar los adecuados es entonces el desafío¹¹⁰.

2. De la necesidad de una adaptación coherente de las normas del Cc

Ni la discapacidad, ni ninguna otra circunstancia que implique una alteración en el proceso de manifestación de voluntad de un sujeto, desaparecerán por el solo hecho de promulgar que “todos somos capaces”¹¹¹. Tampoco se materializará aquella igualdad que promueve la Convención si el legislador no proporciona los medios necesarios para ello¹¹². Por tanto, no parece acertado afirmar, como entendemos que pretende un proyecto de ley chileno, que la sola eliminación de la voz “demente” de toda la legislación que se contenga, por peyorativa que esta parezca (y que, sin duda, lo es), se traduzca en una verdadera adecuación a los fines que se requieren¹¹³.

46

El asunto medular al que hay que prestar especial atención y sobre el que debiese orbitar el análisis es el siguiente: de eliminarse la categoría de incapaces respecto de las personas mayores de edad (cuestión que, aunque con algunos matices, parece razonable) cómo podrían ejercerla sin que dicho ejercicio implique un perjuicio ya sea en su persona y/o en sus bienes (comprar, vender, contraer matrimonio, o cualquier otro acto de rele-

¹⁰⁹ LÓPEZ (2020), p. 30 (refiriéndose a las múltiples situaciones que pueden ampararse bajo el concepto de discapacidad).

¹¹⁰ Adecuados no solo a nuestra realidad jurídica sino también de políticas de financiamiento. Tales mecanismos se irán describiendo en las siguientes páginas: se trata básicamente de la curatela (en un sentido diverso al existente en nuestro Cc) y las medidas de autotutela, en especial, los poderes preventivos.

¹¹¹ Y ello porque, como afirma Sánchez de la Torre, el Derecho diseña un concepto de capacidad que no coincide con el aspecto antropológico de la misma, sino que se trata de un modelo funcional que permite establecer por un lado libertades, y por otro responsabilidades correspondientes a aquellas libertades, con el único fin de hacer posible la convivencia social. SÁNCHEZ (2005), p. 382.

¹¹² En este sentido es muy gráfica la expresión: “las personas somos biológicamente diferentes pero jurídicamente iguales”. Parece ser este el verdadero propósito (a la vez que la premisa) de las nuevas legislaciones en materia de capacidad. ÁLVAREZ (2019), p. 21. Y, es lo que expresa la propia Convención en su artículo 12.3.

¹¹³ Nos referimos al “Proyecto de ley que elimina la discriminación en contra de personas con discapacidad intelectual, cognitiva y psicosocial, consagrando el derecho a su autonomía” (Boletín n.º 12441-17, de 2019).

vancia jurídica de mayor o menor envergadura). Si bien el citado proyecto prevé un título relativo a los apoyos y salvaguardias para el ejercicio de la capacidad que correspondería a toda persona mayor de edad, lo cierto es que carece de una sistematización adecuada y propone un sistema más bien difuso que no parece dar cumplimiento ni a la realidad, ni a lo preceptuado por la Convención. Luego, y según apuntaremos más adelante, nos parece también adecuado pensar que si aquellos sujetos actúan por sí solos, deben también responder por sus actos.

3. Sobre las medidas de protección y algunos matices a los que deben atender

Si bien se ha entendido que la incapacitación es una medida de protección respecto del incapaz, no parece realmente serlo.

Incapacitar, o declarar que existen personas adultas que *a priori* son incapaces es desproporcionado: no se acoge a la subsidiaridad a la que deben atender las medidas de protección en cualquier ámbito que se establezcan, ni respeta en lo absoluto la capacidad natural¹¹⁴. Si el sujeto puede (aunque con dificultad) manifestar su voluntad, entonces no tiene ningún sentido considerarla incapaz; habrá que procurarle la información de la manera más expedita posible a fin de propender a un buen proceso de formación y manifestación de aquella voluntad, de modo que pueda ejercer su capacidad¹¹⁵.

Por su parte, no parece equiparable el conjunto de aptitudes que se requieren para realizar un acto cuyas consecuencias jurídicas no revistan mayor entidad, que aquellas que presuponen un efecto más intenso en

¹¹⁴ El problema no está solo en la palabra que se utiliza, sino en lo que está significa en nuestra legislación: es decir, el contenido de la figura (y su efecto) y no solo cómo la denominemos. Si bien no parece la palabra más adecuada, centrarse en ello más que en su contenido puede significar una cuestión únicamente semántica. La idea con un desarrollo más extenso y detallado en MARTÍNEZ DE AGUIRRE (2014), p. 108 y ss. En síntesis, no se trata solo de un cambio terminológico, sino de un nuevo y más acertado enfoque de la realidad. LÓPEZ (2020), p. 20. Así lo ha manifestado también la exposición de motivos de la ley de modificación del CCe: “No se trata de un mero cambio de terminología que relegue los términos tradicionales de incapacidad e incapacitación por otros más precisos y respetuosos”.

¹¹⁵ Téngase en cuenta, por ejemplo, el caso de un adulto mayor cuyas facultades mentales en general están vigentes, pero que tiene dificultades para entender instrucciones complejas. La ancianidad, por sí sola, no es sinónimo ni de incapacidad ni de discapacidad; y aunque a medida que aumenta la edad, los seres humanos vamos perdiendo algunas aptitudes para valernos por nosotros mismos, hay quien llega hasta el fin de sus días en perfectas condiciones mentales.

la vida patrimonial o extrapatrimonial de un individuo¹¹⁶. Así, determinar que un sujeto solo en aspectos muy puntuales requiere ser representado, parece acercarse más a la realidad. No se trata ni de una incapacitación en su sentido actual, ni de restricciones a la capacidad, sino que de un complemento necesario para la protección de los intereses de quien presenta dificultades reales en el proceso, ya sea de formación o de manifestación de su voluntad (principio de necesidad); que sea proporcional a la verdadera falta de aptitud natural del sujeto (principio de proporcionalidad); y, que si bien prefiera la actuación personal siempre que sea factible (principio de subsidiaridad), no pierda de vista que en circunstancias determinadas es necesaria la representación porque solo de esa manera se podría actuar válidamente. En palabras de Martínez de Aguirre,

“el mecanismo representativo, por tanto, no solo es compatible con la Convención, sino que cabe afirmar que viene exigido por la misma...”¹¹⁷.

Es lo que ha hecho la reforma del Cce ya comentada.

4. *En relación con los apoyos concretos para el ejercicio de la capacidad*

48

Podría resultar no solo viable sino de utilidad establecer sistemas de apoyo (asistencia) respecto de aquellas personas que afectadas por cualquier causa, enfermedad o deficiencia, mantienen sin embargo algún nivel de autogobierno, y respecto de quienes bastarían ciertos resguardos para el ejercicio de su capacidad. Luego, y en los casos más severos, podría atribuírsele a aquel apoyo funciones ya sean de complemento de capacidad o de sustitución de voluntad, si se requiere para determinadas actuaciones (las más complejas, relevantes y gravosas), además de las funciones asistenciales.

En este sentido, una buena definición de las causales que pueden verse sujetas a una asistencia la encontramos en Núñez. La autora las explicita (basándose en el sistema catalán) como aquellas enfermedades, deficiencias o disminuciones físicas, mentales, intelectuales o sensoriales, de carácter

¹¹⁶ Ya en la antigua Roma se diferenciaba la capacidad jurídica en relación con los derechos familiares y los patrimoniales (*ius connubi* y *ius commercii*). PUMAR (2005), p. 92. De la sola lectura de nuestro Cc y de algunas leyes especiales, se vislumbra que el estándar de cumplimiento del requisito de capacidad varía de un ámbito a otro. De este modo, puede una persona ser capaz de responder por un delito o cuasidelito civil y no tener, en cambio, la capacidad requerida para contraer matrimonio, para testar o para celebrar cualquier tipo de acto o contrato.

¹¹⁷ MARTÍNEZ DE AGUIRRE (2014), p. 96.

temporal o permanente, que a corto, medio o largo plazo, disminuyan de forma leve o moderada la capacidad de autogobierno de la persona, dando lugar a que esta precise de otra para atender de un modo adecuado a sus intereses o asuntos de relevancia jurídica y para el ejercicio satisfactorio de sus derechos¹¹⁸, existiendo la posibilidad de adoptar en su resguardo medidas temporales o más bien extendidas en el tiempo; que prevean una eventual futura falta de aptitud, o que atiendan a una falta actual de ella; aquellas que impliquen un apoyo en términos de información y orientación; o aquellas que necesiten un control judicial o derechamente de una sustitución de voluntad. De este modo, el asistente (o como le denominemos) no tendría como objetivo inicial la sustitución de voluntad (y, por tanto, de la capacidad de obrar), como sucede con la tutela y la curatela en nuestro sistema, ni se requeriría siempre de su consentimiento para la validez del acto en cuestión.

Creemos que la curatela, tal como la ha definido la reforma española, es una figura de apoyo útil para los propósitos antes dichos. Esta debe ser entendida no como un mecanismo de sustitución como hasta ahora la comprende nuestro Derecho¹¹⁹, ni tampoco únicamente destinada a los aspectos patrimoniales del sujeto, sino como una función primordialmente asistencial, además de graduable, que permita el ejercicio de los derechos y, por tanto, la actuación válida en el ámbito jurídico a quien sin tener una falta absoluta de capacidad natural, ve limitado su entendimiento o las posibilidades de manifestar de manera informada su voluntad. Al tratarse de una figura flexible, esa misma curatela puede significar, de ser necesario, facultades de representación; todo lo cual deberá establecerse en la sentencia que ordena la implementación del apoyo.

En este sentido, además del sistema español que hemos descrito, bien vale la pena mencionar el funcionamiento de los regímenes legales de protección en el ordenamiento jurídico alemán, donde las medidas de apoyo no inciden en la capacidad del protegido, quien puede actuar váli-

¹¹⁸ Y dentro de ellos se comprenderían las deficiencias referidas a la inteligencia, los trastornos mentales de origen orgánico, los trastornos en los afectos, los de origen psicótico, los trastornos severos de ansiedad, los trastornos originados por dependencia a sustancias y los trastornos de la personalidad. Hasta aquí lo señalado por la autora. NÚÑEZ (2014), p. 81. Lo que sigue en el párrafo, es nuestro.

¹¹⁹ Y otros Derechos en Latinoamérica que, aún habiendo modificado la legislación civil con la intención de adaptarla a la Convención, mantienen la figura de la curatela como un mecanismo sustitutivo de la voluntad y la incapacitación como un remedio a la falta de capacidad natural de las personas, como ocurre por ejemplo en Argentina. Véanse los artículos del *Código Civil y Comercial* argentino. La denominación, como ya hemos dicho, pasa a un carácter secundario cuando la norma describe la pretensión de la figura y ésta se adapta a los principios reseñados. La misma idea ha sido desarrollada por MARTÍNEZ DE AGUIRRE (2014), p. 140 (aunque reiterada en varios pasajes de su obra). En relación con los conceptos de tutela y curatela en el Derecho europeo: JARUFE (2019), p. 199 y ss.

damente atendiendo a las reglas generales. Así, en caso de faltar la aptitud natural de querer y poder al momento de la celebración del acto o contrato, este podría anularse. Por su parte, quien asiste a la persona que requiere de apoyo para la toma de decisiones puede tener facultades de representación respecto de ciertos actos, sin que ello afecte la capacidad del individuo (tal como hemos señalado *supra* al analizar el verdadero espíritu del artículo 12 de la Convención). Por último, existe en el sistema alemán la posibilidad de decretarse judicialmente la reserva de consentimiento para determinados actos, que no puede celebrar el asistido sin la intervención del denominado *betreuer* (el asistente) y, de hacerlo, el acto no tendría validez¹²⁰.

Ahora bien, tal como vimos en el análisis del ordenamiento español, existen mecanismos en virtud de los cuales puede preverse una futura falta de aptitud para actuar válidamente en la vida jurídica y aún en los asuntos más cotidianos, de modo tal que, mientras se mantengan las aptitudes cognitivas y volitivas intactas, es la misma persona quien puede determinar su apoyo¹²¹; figura que se vislumbra como especialmente útil para aquellos casos de las denominadas discapacidades sobrevenidas¹²². La incorporación de los poderes preventivos, mandatos de protección futura o medidas de autotutela (denominados de distintas maneras según la legislación que se trate), podría constituir un gran avance en nuestro Derecho, aun cuando su implementación (en los países que les han incorporado) presenta importantes dificultades (entre ellas: momento en que entraría en vigencia

50

¹²⁰ Como vemos, se trata de una restricción a la capacidad de obrar que opera de manera excepcional, no obstante el sistema no requiere de la incapacitación permanente del sujeto a asistencia ni su consideración como incapaz para todos los actos patrimoniales y personales. Sobre el sistema alemán véase MARTÍNEZ DE AGUIRRE (2014), pp. 115.

¹²¹ "...incluso en los supuestos más extremos, es posible que el sujeto haga valer previamente su voluntad mediante la autotutela o los poderes preventivos". MAYOR DEL HOYO (2013), p. 20.

¹²² Como lo son aquellas que se derivan de enfermedades degenerativas, puesto que en ellas, puede apreciarse el avance paulatino de la pérdida de raciocinio. VELASCO (2014), pp. 191 y 192. El mismo concepto en MARTÍNEZ DE AGUIRRE (2014), p. 36. Este sería el caso del Alzheimer, enfermedad que atraviesa distintos estadios, a partir de la cual existen diversas clasificaciones relativas a la magnitud de la afectación que a grandes rasgos empieza de manera leve, luego una etapa moderada y por último una etapa severa que implica el compromiso total de las facultades intelectuales. Véase sobre este tema, PEREIRA (2014), p. 98 y ss. (capítulo referido a los mecanismos de autoprotección jurídica, la enfermedad de Alzheimer y el ejercicio de la autonomía de la voluntad en previsión de la propia incapacidad). La autora reflexiona acerca de la pertinencia de la autotutela o poderes preventivos, toda vez que carecería de toda lógica que una persona, en tanto tenga capacidad para ello, puedan disponer de sus bienes e incluso de aspectos extrapatrimoniales para después de sus días, y que no puedan hacerlo respecto de la época en que, estando vivos, hayan perdido o deteriorado sus facultades (p. 117).

la constatación de la *conditio iure*, el cambio de circunstancias en cuanto a la relación que se sostenía con quienes habían sido previstos como eventuales cuidadores, la necesidad de otorgarse por escritura pública, el valor de aquel mandato frente a una determinación judicial que desconozca sus efectos, etc.). Esperamos que la nueva legislación española resulte de referente en esta materia y que nuestro país pueda considerar su materialización legal¹²³.

5. De la necesidad de ajustar las causales de nulidad

De modificarse las normas relativas a la capacidad de las personas (a fin de adaptarlas, como se ha dicho, a la realidad) deben, entonces, también repensarse aquellas relativas a la nulidad, responsabilidad, y otras tantas que no están diseñadas para amparar un sistema que elimine las causales de incapacidad respecto de los mayores de edad¹²⁴. Como hemos explicitado *supra*, es lo que ha hecho el recientemente modificado Cce. Así, no solo se trata solo de eliminar cualquier referencia que exista relativa a la incapacidad o al demente, sino de una revisión que permita una coherencia con el ejercicio de la capacidad en igualdad de condiciones; y, como es obvio, dicha igualdad requiere también de ciertos resguardos que debe tomar el legislador.

En nuestro sistema, tal como hemos dicho, una de las causales de nulidad absoluta es la incapacidad que afecta, entre otros, al demente. Por tanto, de eliminarse cualquier referencia a la incapacidad por dicha causa, tendría que suprimirse también toda mención a la nulidad fundada en ella.

Podría pensarse que bastaría con las restantes causales de nulidad que contiene nuestro Cc. Ello resultaría bien si nuestro sistema estableciese como tal la falta de juicio o discernimiento que se requiere para la celebración del acto, pero ello no es así. Nuestro CC no contempla dicha causal general que sí se recoge en otros Códigos, como el ya referido Cce. *Ergo*, tendría que diseñarse una causal que, aún con todo, pudiera amparar aquellos casos en los que no se ha otorgado un consentimiento válido por carecer la persona del suficiente juicio o discernimiento, y ello no en atención a una enfermedad o condición específica, sino como consecuencia de cualquier circunstancia que merme su aptitud volitiva (capacidad natural). De este modo, no tendría ninguna importancia el estado o condición habitual del sujeto (como

¹²³ Sobre las posibilidades reales de adaptarse una figura de poder preventivo a las normas actuales del mandato civil, y los ajustes que requeriría nuestra legislación para incorporarlos, véase JARUFE (2019).

¹²⁴ En palabras de López: “la onda expansiva de esta reformulación debe llegar a todos los rincones del ordenamiento”. LÓPEZ (2020), p. 39.

hasta ahora), sino el singular acto que se ejecuta y si éste se celebra o no en cumplimiento de los requisitos exigidos (a todos) por el legislador¹²⁵. Así, el acto sería nulo o susceptible de nulidad, según si ha existido o no una voluntad jurídicamente relevante al momento de su celebración¹²⁶.

De insertarse a nuestro Cc la causal descrita, los actos o negocios (todos ellos y con independencia de quien los celebre, o si se han celebrado con o sin apoyo) serán válidos, mientras no se demuestre que se han llevado a cabo sin el suficiente juicio o discernimiento que (sin duda) requiere el ejercicio de la capacidad¹²⁷ (valorado en relación al momento de la actuación y no antes) y siempre que estos no impliquen un daño en el sujeto que haya obrado. Creemos, tal como lo expresábamos respecto del análisis del Cce, que no puede establecerse una causal de nulidad exclusiva para las situaciones en las que contrate una persona con discapacidad, y ello porque se estaría invocando aquello que tanto se critica (cualquier alusión a la discapacidad en la ley), con el solo fin de favorecer al supuesto contratante más débil, por sobre cualquier otro.

Si traspasamos esto a situaciones concretas, tendríamos lo siguiente: si el apoyo fuere de carácter obligatorio y la celebración de un determinado acto dependiese de la buena gestión de quien lo ejerza o debía ejercerlo, o si debía actuarse con su representación, sea que el asistido haya actuado o no con suficiente juicio o discernimiento en ambos supuestos, el acto debe ser válido. Si bien cabría al asistente la correspondiente responsabilidad, no se justificaría ni sería coherente, en ningún caso, la declaración de nulidad basada en la discapacidad del contratante. Más injusto sería incluso el supuesto de aquel que requiriendo de apoyo, por haberse declarado así judicialmente, decide actuar sin él; vale decir, si el apoyo fuere de carácter voluntario (como lo pretende el ya aludido proyecto chileno en esta materia). Si se le concede a aquel sujeto la posibilidad de invocar la nulidad se le estaría blindando de un mecanismo exclusivo para su situación particular, cuestión que no parece apearse al principio de igualdad¹²⁸. Tal como lo señalamos, habría aquí una sobreprotección respecto de la per-

¹²⁵ Y no bastaría con la exigencia de la voluntad porque, como ya hemos dicho, el asunto no es si hay o no voluntad (porque de hecho, en principio, todos la tienen) sino si aquella es o no apta para producir efectos jurídicos.

¹²⁶ ROMERO (2013), p. 213.

¹²⁷ En este mismo sentido se manifiesta TRIANA (2014), pp. 28 y 29, entendiendo que la capacidad de obrar requiere de voluntad e inteligencia para manifestarse en toda su extensión. No obstante, tales cualidades pueden encontrarse disminuidas o anuladas o bien pueden comportarse de maneras diferentes en cada ser humano; siendo, sin embargo, común que las personas tengan plena capacidad de obrar.

¹²⁸ Es una de las cuestiones en las que creemos que ha errado el Cce, según ya hemos expresado.

sona con discapacidad y una vulneración de aquel que, en teoría, aparece como el contratante más fuerte.

El proyecto de ley chileno no parece ni advertir ni contemplar esta necesaria coordinación de las normas, y el no hacerlo implicaría las incoherencias descritas que el legislador no puede amparar¹²⁹.

6. Un adecuado sistema de responsabilidad que acompañe de un modo coherente la incorporación al mundo jurídico de los (hasta ahora) considerados incapaces

De todo lo que hemos dicho surgen, de manera espontánea, una serie de interrogantes relativas a la aplicación de las normas de responsabilidad, tales como: qué sucede si se trata de la actuación de un sujeto que no tenía asignado un apoyo y que, por tanto, actuó en total libertad; o con aquel que teniendo necesidad de apoyo y habiéndosele nombrado un asistente, actúa sin su conocimiento o en contra de sus orientaciones y parecer; o si se trata de aquel cuyo apoyo no ha cumplido con sus obligaciones de información y orientación; o si el curador con facultades de representación ha actuado en contra de la voluntad del representado o excediendo sus facultades. Una revisión y eventual reforma coherente y sistémica, no puede obviar estas preguntas.

Hoy, las personas consideradas por el legislador como incapaces o quienes lo sean a causa de una sentencia judicial no responden (en el ámbito civil, que es el que ahora nos interesa) sino en situaciones muy excepcionales, y siempre que estas le signifiquen un beneficio. En cuanto a la responsabilidad del tutor o curador se refiere, el artículo 391 del Cc señala que en la administración de los bienes del pupilo, el guardador es

53

¹²⁹ En este sentido, algunos autores han propuesto, a propósito de la reforma al ordenamiento español, algunas medidas que pudieran resolver la necesidad de considerar *a priori* los actos como eficaces, pero proveer también la adecuada protección. Véase, por ejemplo, LÓPEZ (2020), p. 101 y ss. La autora analiza tres vías: una, sería trabajar en la línea de conferir una interpretación más amplia a los actuales supuestos de impugnación de los contratos (error, dolo, violencia o intimidación); otra, sería el aumento de los supuestos de rescisión por lesión atendida la intervención de las personas con discapacidad; y, una tercera alternativa es la inclusión de nuevas causales de ineficacia de los contratos: influencia indebida, ventaja injusta, etc. Sin embargo tales medidas, y según la misma autora vislumbra, parecen más bien apuntar a una desincentivación a la contratación con aquellas personas que parezcan padecer algún tipo de trastorno de sus facultades volitivas, transformándose el sistema en aquello que impide la Convención: la discriminación. De ahí que parezca más adecuada la reconducción de toda situación que afecte a la voluntad, a una única causal estandarizada tal como lo planteamos aquí: falta de juicio o discernimiento al momento de la celebración del acto o contrato. En tal caso, la nulidad no se basaría en las características de los contratantes, sino en el estado de estos y la afectación del proceso volitivo en el momento de su manifestación.

obligado a conservarlos, repararlos y cultivarlos y que su responsabilidad se extiende hasta la culpa leve inclusive. Hasta ahora, esto parece lógico, toda vez que si a determinados individuos no se les permite actuar, y debe alguien sustituirles, no puede entonces asignárseles una responsabilidad por aquellos actos que no pueden realizar (otra cosa es que los realicen aún siendo incapaces, y en cuyo caso opera hasta ahora la nulidad).

Sin embargo, de modificarse las normas relativas a la capacidad, estas disposiciones (como tantas otras) van a verse alteradas en su sustancia y, por tanto, requieren de una adaptación. El asunto es complicado: si un sujeto puede actuar en el tráfico jurídico, entonces puede también hacerse responsable, y no puede dispensársele de aquella responsabilidad por la misma causa que se ha considerado como discriminatoria para restringir su capacidad.

Por tanto, si la adopción de los mandatos de la Convención supone una ampliación de la capacidad para actuar libremente, y dado que la capacidad patrimonial va unida a la responsabilidad, entendemos como necesario reconsiderar no solo las normas relativas a la capacidad y la consiguiente incorporación de medidas de apoyo, sino todas aquellas que se relacionen con tal premisa. Tal ejercicio requiere no solo de tiempo sino de un análisis profundo que permita el resultado de una verdadera reforma, y no de una “operación de estética”¹³⁰.

54

En este sentido, y pensando en la implementación de la figura de los apoyos en nuestra legislación, habría que posicionarse en las siguientes hipótesis a modo de ejemplo¹³¹ (como entendemos lo hace la reforma del Cc español, que es el que proponemos seguir¹³²): si el asistido actúa sin asistencia o en contra de ella, por voluntad propia, tendrá que responder frente a terceros; si actúa con el asesoramiento del asistente, siguiendo sus consejos, el parecer y las orientaciones de éste, aunque el acto no podría ser anulado como hemos dicho, sería lógico que pudiera recurrir frente a este a fin de que responda por los daños y perjuicios que le hubiere ocasionado a él como consecuencia del mal desempeño de sus funciones y la necesidad de responder (el asistido) frente a terceros; y, si el asistente tenía facultades de representación y ha actuado invocándolas, entonces respondería de la misma manera que se acaba de describir.

7. La necesidad de un registro público

La implementación de un sistema equilibrado que implique autonomía y protección, pero también la certeza jurídica que se requiere por parte

¹³⁰ Cfr. LÓPEZ (2020), p. 96.

¹³¹ NÚÑEZ (2014), p. 83.

¹³² Artículo 1300 del Cce.

de terceros obliga a un registro público que signifique conocimiento de la existencia de medidas de apoyo.

En este sentido, no solo la reforma del Cce, como ya hemos dicho, sino otros tantos ordenamientos extranjeros, prevén la existencia de tales registros. Por ejemplo, el *Código Civil* francés dispone en su artículo 477-1 que los mandatos de protección futura (poderes preventivos) deben publicarse a través de su inscripción en un registro, cuyas modalidades de acceso se rigen por decreto del Consejo de Estado. En el sistema quebequiano es misión del Curador Público mantener un registro de mandatos homologados, en el que se contiene información relevante acerca del mandante y del mandatario, así como la fecha y el número de juicio de homologación. Además, cuando un mandato es preparado por un notario o por un abogado, es registrado de modo automático, ya sea en el registro de mandatos o en el de testamentos de Quebec, de manera de dar publicidad al acto y que los cercanos pueden tomar conocimiento del mismo¹³³.

Si bien es cierto que Chile cuenta con un Registro Nacional de la Discapacidad, lo que aquí apuntamos es distinto¹³⁴. Al considerar que no debe ser la discapacidad un parámetro para graduar la capacidad ni para declararla incapaz, el registro no debe tener tal objetivo, sino el de evidenciar qué personas (con o sin discapacidad) han sido provistas de un curador y los alcances de aquella curaduría, de manera tal que quienes deseen contratar con ellas puedan tener conocimiento de aquellos apoyos y de su intensidad, y que entonces puedan aplicarse las normas sobre responsabilidad, nulidad, etc.¹³⁵.

8. *A modo de cierre de este capítulo*

De todo lo que hemos expresado, podemos señalar que sería adecuado contar con una figura única, pero flexible en cuanto a su extensión e intensidad (llámese como se llame; por ejemplo, curatela, como hace el legislador español en su reforma), que permita abordar el ejercicio de la capacidad

¹³³ Véase, JARUFE (2019), p. 82. Aunque todos los ejemplos dados dicen relación con medidas de carácter voluntario, nada obsta a que se aplique la misma lógica respecto de las medidas judiciales, como lo prevé el propio Cce.

¹³⁴ El Registro que regula en su título v la ley n.º 21422 tiene por objeto inscribir a las personas cuya discapacidad sea certificada por la respectiva Comisión de Medicina Preventiva e Invalidez, y a las personas jurídicas que, de conformidad con sus objetivos, actúen en el ámbito de la discapacidad (artículo 56), centrándose únicamente en un modelo médico y no asistencial como promueve la Convención.

¹³⁵ El Registro Nacional de Personas con Discapacidad, de modificarse la normativa del *Código Civil*, debería o bien desaparecer o bien mutar en un registro general basado en resoluciones judiciales que determinen, respecto de cualquier persona que así lo requiera, de una medida de apoyo para el ejercicio de su capacidad.

de obrar a todo quien presente una merma en sus facultades cognitivas y volitivas, y que prevea las facultades de representación en caso de necesidad. Ello, unido al ajuste de las causales de nulidad y las normas de responsabilidad en el sentido que ya describimos y a la imprescindible publicidad de las medidas de apoyo a la capacidad con la que cuenta cada individuo, permite un equilibrio entre la autonomía de la voluntad, la protección y la seguridad jurídica.

A partir de dichas ideas fundamentales, entonces, cabría hilar más fino de cara a una eventual reforma. Creemos que es lo que ha hecho, en cierta medida, el ordenamiento jurídico español en la ya aprobada y publicada reforma del *Código Civil* y de la ley de enjuiciamiento civil.

CONCLUSIONES

De todo lo que hemos expresado puede concluirse que (no solo a la luz de la Convención sino de la realidad) no parece necesario incapacitar a aquellas personas que por cualquier motivo (incluida la discapacidad psíquica o mental) presenten dificultades (más o menos intensas) para la toma de decisiones. Hay otros mecanismos menos lesivos y más equilibrados, y así lo ha demostrado no solo el ordenamiento jurídico español, sino otras legislaciones extranjeras que han sido de alguna manera mencionados en este trabajo (Suiza, Alemania, etc.); a ello debe apuntar nuestro Cc.

56

Una imprecisa o sesgada interpretación del artículo 12 de la CIDPD, entendida como la posibilidad de un actuar libre y a todo evento, podría conducir a la desprotección de las personas hoy consideradas incapaces en nuestro ordenamiento jurídico.

En resumidas cuentas, creemos que un sistema equilibrado (si bien muy complejo, no por ello imposible), que permita el ejercicio de la autonomía siempre que sea posible, pero que a la vez proteja cuando sea necesario, y que también resguarde la certeza jurídica, debe tener en cuenta, a lo menos, las siguientes afirmaciones fundamentales:

Primero, no puede ni abolirse ni restringirse la capacidad en términos *ex ante*, generales, abstractos y rígidos.

Segundo, debe reservarse la tutela exclusivamente para las personas menores de edad.

Tercero, las facultades mentales son tendencialmente variables y requieren de medidas de protección flexibles y adaptadas a las circunstancias particulares de cada individuo.

Cuarto, la falta de medios alternativos provoca que aquellos sujetos que no requieran de una intervención severa en el ejercicio de sus derechos sean incapacitadas de manera general y absoluta.

Quinto, la curatela (entendida en su versión europea) se presenta como una figura que permite su adaptación a las distintas situaciones que puedan presentarse, y no tiene por qué significar la representación.

Sexto, no puede ni el *Código Civil* ni ninguna otra norma desconocer que, si bien no siempre se requiere de una medida de tal intensidad que implique una sustitución de voluntad, tampoco pueden todos, ni siempre, actuar por sí solos.

Séptimo, el juez debe intervenir en la determinación, implementación y seguimiento de las medidas de apoyo. El proceso judicial es, o debiera ser, por excelencia, un sistema garantista (en términos de salvaguardia). Distinto es reconocer que debe perfeccionarse.

Y, octavo, de eliminarse la incapacidad, deben revisarse las causales de nulidad y el sistema de responsabilidad civil, en los términos señalados.

Menos, implicaría restricciones injustificadas (como ocurre hasta hoy en Chile); más, significaría desprotección, lo que no solo sería contrario a la tan mentada Convención, sino a todos los principios que inspiran el Derecho de las Personas.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ALBALADEJO, Manuel (2002). *Derecho Civil. Introducción y Parte General* (15ª edición). Barcelona: Bosch, tomo I.
- ALESSANDRI, Arturo (2009). *De los contratos*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- ALESSANDRI, Arturo; SOMARRIVA, Manuel y ANTONIO VODANOVIC (2011). *Tratado de Derecho Civil. Partes preliminar y general* (7ª edición). Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- ÁLVAREZ, Héctor (2019). “La dimensión constitucional de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad”, en Juana MORCILLO (coord.). *Discapacidad intelectual y capacidad de obrar*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- ARENAS, Sergio (2013). “Hacia el fin del dogma ‘voluntad es capacidad’ en el Derecho civil chileno”. *Revista Derecho y Justicia*, n.º 3, Santiago.
- BARCIA, Rodrigo (2010). *Lecciones de Derecho Civil chileno. Del acto jurídico*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, tomo I.
- CASTRO, Beatriz (2005). “Capacidad jurídica de la mujer”, en Ángel SÁNCHEZ DE LA TORRE (coord.). *Fundamentos de conocimiento jurídico. La capacidad jurídica*. Madrid: Editorial Dykinson.
- CLARO SOLAR, Luis (1937). *Explicaciones de Derecho civil chileno y comparado*. Santiago: Imprenta Nascimento, tomo XI.
- COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD (2019). “Observaciones finales sobre los informes periódicos segundo y tercero combinados de España del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad”. *Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*.

- Disponible en: <http://www.convenciondiscapacidad.es/2019/04/10/observaciones-finales-sobre-los-informes-periodicos-segundo-y-tercero-combinados-de-espana-del-comite-sobre-los-derechos-de-las-personas-con-discapacidad-9-de-abril-de-2019/> [Fecha de consulta: 25 de mayo de 2021].
- CORRAL, Hernán (2009). *Derecho civil y persona humana* (2ª edición). Santiago: Legal Publishing.
- DE AMUNÁTEGUI, Cristina (2019). *Apoyo a los mayores en el ejercicio de su capacidad. Reflexiones a la vista del Anteproyecto de reforma de la legislación civil en materia de discapacidad*. Madrid: Editorial Reus.
- DE AQUINO, Tomás (2001). “Opera omnia”. *Corpus thomisticum*: ad Universitatis Studiorum Navarrensis Aedes. Disponible en: www.corpusthomisticum.org [Fecha de consulta: 26 de mayo de 2021].
- DE HIPONA, Agustín (1631). *St. Augustine’s Confessions*. (trad.) William WATTS. London: William Heinemann, vol. 2.
- DE PABLO, Pedro; MARTÍNEZ DE AGUIRRE Carlos; PÉREZ, Miguel Ángel y María Ángeles PARRA (2018). *Curso de Derecho Civil. Derecho de la Persona* (6ª edición). Madrid: Edisofer, S. L, tomo I, vol. 2.
- DELGADO, Teresa (2014). “Vulnerabilidad y dependencia en la madurez de la vida: apuntes sobre la protección a las personas de la tercera edad en Cuba”, en Leonardo PÉREZ (coord.). *Discapacidad y Derecho*. Madrid: Editorial Dykinson.
- DÍEZ-PICAZO, Luis y Antonio GULLÓN (2003). *Sistema de Derecho civil*. Madrid: Tecnos, vol. 1.
- DUCCI, Carlos (2000). *Derecho Civil. Parte general* (4ª edición). Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- ENDARA, Juan (2019). *La construcción jurídica de la discapacidad*. Barcelona: Editorial UOC.
- ERRÁZURIZ, Maximiano (1991). *Manual de Derecho Romano. Historia Externa de Roma. Del Acto Jurídico. De las Personas* (3ª edición). Santiago: Editorial Jurídica de Chile, tomo I.
- GARCÍA-VALIÑO, Javier (2019). *La génesis del concepto de voluntad en occidente. Un estudio desde las fuentes griegas y cristianas de Tomás de Aquino*. Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra S.A (EUNSA).
- GARCÍA, María José (2016). *Protección jurídica de las personas con discapacidad*. Madrid: Editorial Reus.
- JARUFE, Daniela (2016). “Instituciones jurídicas de protección en sustitución de la familia. Tutelas y curatelas”, en Jorge DEL PICÓ (coord.). *Derecho de Familia*. Santiago: Thomson Reuters.
- JARUFE, Daniela (2019). “Algunos aspectos civiles del mandato de protección futura o mandato preventivo”, en Carlos CÉSPEDES (coord.). *Estudios de Derecho Privado en memoria del profesor Nelson Vera Moraga*. Santiago: Legal Publishing.
- JARUFE, Daniela (2019). “Los derechos de las personas con discapacidad en algunos países del entorno europeo”, en Nicolás ESPEJO y Fabiola LATHROP (coords.). *Discapacidad intelectual y Derecho*. Santiago: Legal Publishing.

- JARUFE, Daniela (2020). “Comentario al Título XIX del Libro Primero del Código Civil ‘De las Tutelas y Curadurías en general’”, en Carlos AMUNÁTEGUI (coord.). *Comentario Histórico Crítico al Código Civil*. Valencia: Tirant lo Blanch (en prensa).
- JIMÉNEZ, Antonio (2005). “La autotutela y los apoderamientos preventivos”, en Manuel RUEDA (coord.). *Jornadas sobre la nueva ley de protección patrimonial de discapacitados, Valencia, 9, 12 y 26 de enero de 2004*. Valencia: Instituto Valenciano de Estudios notariales.
- LATHROP, Fabiola (2019). “Capacidad jurídica de las personas con discapacidad intelectual, cognitiva y/o psicosocial en Chile”, en Nicolás ESPEJO y Fabiola LATHROP (coords.). *Discapacidad intelectual y Derecho*. Santiago: Legal Publishing.
- LEGERÉN, Antonio (2012). *La tutela del incapaz ejercida por la entidad pública. Estudio del artículo 293.3 del Código Civil*. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces.
- LINACERO, María (2019). *Ineficacia y rescisión del negocio jurídico. La ventaja injusta*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- LÓPEZ BARBA, Elena (2020). *Capacidad jurídica. El artículo 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y las medidas no discriminatorias de defensa del patrimonio*. Madrid: Editorial Dykinson.
- MALAUURIE, Philippe y Hugues FULCHIRON (2005). *Les personnes, les incapacités*. Paris: Defrenois.
- MARTÍNEZ DE AGUIRRE, Carlos (2014). *El tratamiento jurídico de la discapacidad psíquica: reflexiones para una reforma legal*. Navarra: Editorial Aranzadi.
- MATEOS, Ángeles (2005). “Aproximación antropológica a la estructura de la capacidad jurídica”, en Ángel SÁNCHEZ DE LA TORRE (coord.). *Fundamentos de conocimiento jurídico. La capacidad jurídica*. Madrid: Editorial Dykinson.
- MAYOR DEL HOYO, María Victoria (2013). *Un nuevo modelo de protección de las personas con discapacidad. Desamparo, intervención de las entidades públicas y acogimiento familiar*. Navarra: Editorial Aranzadi.
- NÚÑEZ, María Carmen (2014). *La asistencia. La medida de protección de la persona con discapacidad psíquica alternativa al procedimiento de incapacitación*. Madrid: Editorial Dykinson.
- PACHECO, María (2019). “Del tradicional procedimiento de incapacitación a la modificación judicial de la capacidad de obrar y la alternativa del sistema de apoyo”, en Juana MORCILLO (coord.). *Discapacidad intelectual y capacidad de obrar*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- PALACIOS, Agustina y Francisco BARIFFI (2007). *La discapacidad como una cuestión de derechos humanos. Una aproximación a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*. Madrid: Grupo editorial Cinca.
- PEREIRA, Joanna (2014). “Los mecanismos de autoprotección jurídica, la enfermedad de Alzheimer y el ejercicio de la autonomía de la voluntad en previ-

- sión de la propia incapacidad”, en Leonardo PÉREZ (coord.). *Discapacidad y Derecho*. Madrid: Editorial Dykinson.
- PUMAR, Tomás (2005). “Algunos aspectos de la capacidad jurídica en Derecho Romano”, en Ángel SÁNCHEZ DE LA TORRE (coord.). *Fundamentos de conocimiento jurídico. La capacidad jurídica*. Madrid: Editorial Dykinson.
- QUIJADA, Cristina (2019). “El acceso a la justicia de las personas con discapacidad intelectual. Su derecho a entender y ser entendidas”, en Juana MORCILLO (coord.). *Discapacidad intelectual y capacidad de obrar*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- RECOVER, Torcuato (2014). “Hacia la reforma del Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de discapacidad”, en María del Carmen GARCÍA y Rafael ROJO (coords.). *Nuevas perspectivas del tratamiento jurídico de la discapacidad y la dependencia*. Madrid: Editorial Dykinson.
- ROMERO, Aurelia. (2013). *Capacidad, incapacidad e incapacitación*. Madrid: Editorial Reus.
- RUZ LÁRTIGA, Gonzalo (2012). *Explicaciones de Derecho Civil. Derecho de las Personas en Familia*. Santiago: Legal Publishing, tomo v.
- SÁNCHEZ DE LA TORRE, Ángel (2005). “Discapacidad, condición humana y dignidad humana”, en Ángel SÁNCHEZ DE LA TORRE (coord.). *Fundamentos de conocimiento jurídico. La capacidad jurídica*. Madrid: Editorial Dykinson.
- SERRANO, Ignacio (2012). *Autotutela*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- TRIANA, Beatriz (2014). “Apuntes sobre el ejercicio de la capacidad jurídica civil de las personas con discapacidad en Cuba”, en Leonardo PÉREZ (coord.). *Discapacidad y Derecho Civil*. Madrid: Editorial Dykinson.
- UTANDE, Manuel (2005). “Interés de la comunidad y capacidad jurídica”, en Ángel SÁNCHEZ DE LA TORRE (coord.). *Fundamentos de conocimiento jurídico. La capacidad jurídica*. Madrid: Editorial Dykinson.
- VALDÉS, Carmen (2014). “Capacidad, discapacidad e incapacidad en clave carpenteriana”, en Leonardo PÉREZ (coord.). *Discapacidad y Derecho Civil*. Madrid: Editorial Dykinson.
- VELASCO, Inmaculada (2014). “Del estado civil de incapacitado al de persona con capacidad modificada judicialmente: perspectivas de reforma jurídica para garantizar la autonomía de la voluntad”, en María del Carmen GARCÍA y Rafael ROJO (coords.). *Nuevas perspectivas del tratamiento jurídico de la discapacidad y la dependencia*. Madrid: Editorial Dykinson.

Normas citadas

- Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, 03 de mayo de 2008.
- Decreto con Fuerza de Ley n.º 3, de Ministerio de Hacienda, que fija texto refundido, sistematizado y concordado de la Ley General de Bancos y de otros

- cuerpos legales que se indican. *Diario Oficial de la República de Chile*, 19 de diciembre de 1997.
- Ley n.º 21331, del Reconocimiento y protección de los derechos de las personas en la atención de salud mental. *Diario Oficial de la República de Chile*, 11 de mayo de 2021.
- Ley 8/2021, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica. *Boletín Oficial del Estado*, 2 de junio de 2021.
- Ley 1/1996, de asistencia jurídica gratuita. *Boletín Oficial del Estado*, 10 de enero de 1996.

Jurisprudencia citada

- Sentencia del Tribunal Supremo (2013): 24 de junio de 2013, n.º 421/2013, en ECLI:ES:TS:2013:3441.
- Sentencia del Tribunal Supremo (2021): 6 de mayo de 2021, n.º 269/2021, en ECLI:ES:TS:2021:1894.
- Sentencia del Tribunal Supremo (2021): 19 de abril de 2021, n.º 411/2021, en ECLI:ES:TS:2021:1526.

Otros

- Boletín n.º 12441-17, que modifica diversos textos legales con el objeto de eliminar la discriminación en contra de personas con discapacidad intelectual, cognitiva y psicosocial, y consagrar su derecho a la autonomía. *Congreso Nacional*, 05 de marzo de 2019.

SIGLAS Y ABREVIATURAS

Cc	<i>Código civil</i> chileno
Cce	<i>Código civil</i> español
CIDPD o Convención	Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad
BGB	<i>Código civil</i> alemán (Bürgerliches Gesetzbuch).