

 <p>INDH INSTITUTO NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS</p>	<p>Informe sobre el proyecto de ley que promueve el envejecimiento positivo, el cuidado integral de las personas mayores y el fortalecimiento de la institucionalidad respectiva. Boletín N° 13.822-07</p>
--	---

Minuta aprobada por el Consejo del Instituto Nacional de Derechos Humanos el 27 de septiembre de 2021 - Sesión Ordinaria N° 635.

1. RESUMEN EJECUTIVO

El 6 de octubre de 2020, el Ejecutivo envió el Mensaje presidencial N° 174-368 al Congreso Nacional para iniciar el trámite del proyecto de ley que promueve el envejecimiento positivo, el cuidado integral de las personas mayores, y el fortalecimiento de la institucionalidad respectiva.

El proyecto de ley se encuentra en su primer trámite constitucional en la Comisión Especial del Adulto Mayor del Senado, sin urgencia en la tramitación legislativa.

2. CONTENIDO DEL PROYECTO DE LEY

El Mensaje presidencial¹ destaca que “asume una visión respetuosa de la autonomía de la persona mayor, dado que se respetan sus preferencias y opciones de acuerdo a la propia identidad biográfica”, a la vez que se pretende “avanzar hacia una cultura inclusiva de la vejez”. También se reconoce la heterogeneidad de la vejez y que esta etapa de la vida es afectada por diversas barreras de variada naturaleza, entre ellas las legales, que terminan mellando la “calidad de vida de este grupo y que son invisibles, lo que se puede llegar a traducir en prácticas discriminatorias y ausencia de medidas que fomenten su inclusión en la sociedad”.

También destaca los avances normativos en el ámbito internacional que han tendido a reconocer específicamente los derechos humanos de las personas mayores, su dignidad, autonomía e independencia, particularmente la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, ratificada en 2017 por el Estado de Chile.

El objetivo del proyecto es “la promoción del envejecimiento positivo y del cuidado integral de

¹ Proyecto de ley iniciado en mensaje de S.E. el Presidente de la República, para promover el envejecimiento positivo, el cuidado integral de las personas mayores, y el fortalecimiento de la institucionalidad del adulto mayor. Disponible en <https://www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php?#>

los adultos mayores, considerando la diversidad del envejecimiento con un enfoque territorial a lo largo del país, fortaleciendo especialmente la institucionalidad del Servicio Nacional del Adulto Mayor”².

El proyecto se estructura en torno a cuatro títulos: i. Aspectos preliminares (objetivos, principios y criterios de interpretación de la ley); ii. Cuidados (se reconocen a nivel legal ciertas líneas de acción que desarrolla el Servicio Nacional del Adulto Mayor, SENAMA); iii. Participación (se crea el Sistema de Cuidados Amigables con los Adultos Mayores y los Consejos Asesores Regionales de Adultos Mayores), y iv. Modificaciones a distintos cuerpos legales (Ley de Tribunales de Familia, Código del Trabajo, ley que crea el SENAMA y ley que crea el Ministerio de Desarrollo Social y Familia).

La presente minuta pretende satisfacer el objeto de la citación dirigida por la presidenta de la Comisión Especial del Adulto Mayor, senadora Ximena Órdenes Neira, de 22 de septiembre de 2021 al INDH, con el fin de conocer la opinión del Instituto sobre una posible vulneración de derechos de las personas mayores relativos al reconocimiento de su plena capacidad jurídica.

3. MARCO JURÍDICO NACIONAL E INTERNACIONAL

i) Reconocimiento y protección de los derechos humanos de las personas mayores

Conforme a los principios de universalidad, indivisibilidad, interdependencia e interrelación de los derechos humanos, las personas mayores gozan de todas las prerrogativas reconocidas en los diversos instrumentos de derechos humanos, ya sean universales o regionales, generales o referidos a otros grupos específicos. Sin perjuicio de esto, ciertos aspectos que son propios de la vejez y del envejecimiento revelan la necesidad de otorgarles un abordaje específico, a fin de asegurar que en la medida que una persona envejezca pueda seguir disfrutando de una vida plena, independiente y autónoma, o recibir los cuidados que requiera, ya sean residenciales o en instituciones especializadas, asegurando siempre el derecho a la salud, seguridad, integración y participación en las esferas económica, social, cultural y política.

A fin de dar prioridad a la temática del envejecimiento en las políticas públicas, la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos adoptó la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores (en adelante CIPM), el 15 de junio de 2015. El Estado de Chile ratificó este tratado el 11 de julio de 2017, incorporándose de tal modo al ordenamiento jurídico nacional.

² Proyecto de ley, *op. cit.*, p. 5

En el preámbulo de la CIPM se reconoce que “la persona mayor tiene los mismos derechos humanos y libertades fundamentales que otras personas”, tal como se ha planteado, y que “los asuntos de la vejez y el envejecimiento [deben ser abordados] desde una perspectiva de derechos humanos”. De este modo, el artículo 1 de la CIPM establece que su objeto es:

[...] promover, proteger y asegurar el reconocimiento y el pleno goce y ejercicio, en condiciones de igualdad, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales de la persona mayor, a fin de contribuir a su plena inclusión, integración y participación en la sociedad.

El inciso tercero del artículo 1 de la CIPM establece que:

Los Estados Parte solo podrán establecer restricciones y limitaciones al goce y ejercicio de los derechos establecidos en la presente Convención mediante leyes promulgadas con el objeto de preservar el bienestar general dentro de una sociedad democrática, en la medida en que no contradigan el propósito y razón de los mismos.

Lo anterior significa un límite para el Estado, ya que cualquier restricción debe respetar el principio de reserva legal, es decir, no puede establecerse por una fuente formal de menor jerarquía que la ley, y también compromete un límite a la actividad del ente legislador, puesto que la adopción de una norma que limite los derechos y libertades de las personas mayores debe estar suficientemente justificada en el “bienestar general de una sociedad democrática” y dicha limitación o restricción no puede implicar una desnaturalización del contenido de la misma CIPM³.

El artículo 3 de la CIPM menciona diversos principios aplicables a la Convención:

- a. La promoción y defensa de los derechos humanos y libertades fundamentales de la persona mayor.
- b. La valorización de la persona mayor, su papel en la sociedad y contribución al desarrollo.
- c. La dignidad, independencia, protagonismo y autonomía de la persona mayor. La igualdad y no discriminación.

³ Esta prevención es coherente con distintas disposiciones de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, en el sentido de que un Estado parte no puede invocar su derecho interno para desconocer el cumplimiento de un tratado (artículo 27) y la regla general de interpretación de los tratados, es decir, que estos deben interpretarse de buena fe (artículo 31), de manera que no es posible invocar una disposición del mismo tratado para justificar el incumplimiento de otra. En caso de que un Estado quisiera excluir o modificar los efectos de ciertas disposiciones de un tratado, debe formular una reserva (artículos 2.d. y 19), facultad que está expresamente permitida en el artículo 38 de la CIPM; sin embargo, el Estado de Chile la ratificó sin haber formulado reserva alguna.

- d. La participación, integración e inclusión plena y efectiva en la sociedad. El bienestar y cuidado.
- e. La seguridad física, económica y social. La autorrealización.
- f. La equidad e igualdad de género y enfoque de curso de vida.
- g. La solidaridad y fortalecimiento de la protección familiar y comunitaria. El buen trato y la atención preferencial.
- h. El enfoque diferencial para el goce efectivo de los derechos de la persona mayor. El respeto y valorización de la diversidad cultural. La protección judicial efectiva.
- i. La responsabilidad del Estado y participación de la familia y de la comunidad en la integración activa, plena y productiva de la persona mayor dentro de la sociedad, así como en su cuidado y atención, de acuerdo con su legislación interna.

A su vez, el artículo 4 de la CIPM establece los deberes generales de los Estados Parte, indicando que estos se “comprometen a salvaguardar los derechos humanos y libertades fundamentales de la persona mayor enunciados [en la misma Convención], sin discriminación de ningún tipo”. Esta obligación importa la adopción de “medidas afirmativas y [realización de] los ajustes razonables que sean necesarios para el ejercicio de los derechos establecidos en la [...] Convención y se abstendrán de adoptar cualquier medida legislativa que sea incompatible con la misma”.

Entre los derechos reconocidos en la CIPM se encuentra el de igualdad y no discriminación por razones de edad (artículo 5); el derecho a la vida y a vivir con dignidad en la vejez hasta el final de los días de la persona mayor en igualdad de condiciones con otros sectores de la población (artículo 6); derecho a la independencia y autonomía, lo que abarca el derecho de la persona mayor a tomar sus propias decisiones en todo ámbito y a realizarlas libremente, definir su plan de vida y desarrollarlo autónoma e independientemente, conforme a sus tradiciones y creencias, en igualdad de condiciones que el resto de las personas, y a disponer de mecanismos para ejercer estos derechos.

De modo específico, respecto al reconocimiento de la plena capacidad jurídica de las personas mayores, el artículo 30 de la CIPM dispone:

Los Estados Parte reafirman que la persona mayor tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica.

Los Estados Parte reconocerán que la persona mayor tiene capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida.

Los Estados Parte adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a la persona mayor al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica.

Los Estados Parte 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 mayor, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona mayor, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de la persona mayor.

Sin perjuicio de lo dispuesto en el presente artículo, los Estados Parte tomarán todas las medidas que sean pertinentes y efectivas para garantizar el derecho de la persona mayor, en igualdad de condiciones con las demás, a ser propietaria 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 la persona mayor no sea privada de sus bienes de manera arbitraria.

Las distintas obligaciones y estándares de cumplimiento dispuesto en el artículo 30 de la CIPM importan un cambio de paradigma en lo que respecta al reconocimiento y regulación de la capacidad jurídica que debe ser recogida a nivel doméstico por los estados que la han suscrito.

ii) Sistema de capacidad jurídica: el paradigma binario de la sustitución de las personas consideradas incapaces

La Constitución Política contempla, en primer lugar, como base de la institucionalidad, que las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos, estableciendo posteriormente como derecho esencial de toda persona –en el artículo 19 N° 2– la igualdad ante la ley, asegurando que ni esta ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias respecto de ningún habitante de la República.

Nuestro sistema de capacidad legal se estructura sobre las normas del Código Civil (en adelante, CC). El artículo 1445 de este cuerpo normativo establece, entre otros requisitos, que las personas deben ser legalmente capaces para celebrar actos jurídicos; a continuación, este mismo artículo en su inciso final, agrega que “la capacidad legal de una persona consiste en poderse obligar por sí misma, y sin el ministerio o la autorización de otra”.

Por regla general, todas las personas son legalmente capaces (artículo 1446 CC). Sin embargo, se admite que determinada categoría de personas, en virtud de ciertas características que le son

inherentes, carecen de la aptitud de ejercer por sí mismas los derechos de los que son titulares: las personas dementes, impúberes y sordas o sordomudas⁴ que no pueden darse a entender claramente (artículo 1447, inciso primero CC).

Los términos utilizados en el artículo 1447 CC son imprecisos en la actualidad, sin embargo, bajo el concepto de demencia se ha entendido que se encuentran comprendidas diversas categorías de personas, como aquellas con discapacidad mental (tanto de origen psicosocial como intelectual) y las personas que, en sentido estricto, se encuentran afectadas por una demencia en tanto pérdida de memoria y otras habilidades cognitivas de forma suficiente para interferir con la vida diaria, más allá de lo que podría considerarse una consecuencia natural del envejecimiento⁵.

Como las personas incapaces no pueden actuar por sí mismas en la vida, el ente legislador ha dispuesto que estén sujetas a curaduría general (artículo 342 CC). El artículo 338 CC indica que,

[...] las tutelas y las curadurías o curatelas son cargos impuestos a ciertas personas a favor de aquellos que no pueden dirigirse a sí mismos o administrar competentemente sus negocios, y que no se hallan bajo potestad del padre o madre, que pueda darles la protección debida.

El artículo 340 CC agrega que “la tutela y las curadurías generales se extienden no solo a los bienes sino a la persona de los individuos sometidos a ella”.

De acuerdo con el artículo 373 CC, “toda tutela o curaduría debe ser discernida”, es decir, autorizada judicialmente, aspecto que se regula en el Título VI del Libro IV del Código de Procedimiento Civil, denominado “Del nombramiento de tutores y curadores y del discernimiento de estos cargos”. Además de este procedimiento, la Ley N° 18.600, que establece normas sobre personas deficientes mentales, en su artículo 4, inciso segundo, dispone que:

[...] cuando la discapacidad mental de una persona se haya inscrito en el Registro Nacional de la Discapacidad, su padre o madre podrá solicitar al juez que, con el mérito de la certificación vigente de la discapacidad [...] y previa audiencia de la persona con discapacidad, decrete la interdicción definitiva por demencia y nombre curador definitivo al padre o madre que la tuviera bajo su cuidado permanente.

⁴ El concepto de “sordomudos” es impropio, ya que la sordera por sí misma no impide el desarrollo del habla; además, debe considerarse que las personas sordas pueden comunicarse mediante lengua de señas (siendo esta su medio de comunicación natural, de acuerdo con el artículo 26 de la Ley N° 20.422) y/o lengua oral al recibir las ayudas técnicas necesarias para ello.

⁵ Organización Mundial de la Salud. (2019). *Demencia*. Recuperado el 23 de septiembre de 2020, de <https://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/dementia>

Además, el artículo 18 bis de la Ley N° 18.600 establece que las personas naturales o jurídicas que se encuentren inscritas en el Registro Nacional de la Discapacidad y que tengan a su cargo personas con discapacidad mental, cualquiera sea su edad, serán curadoras provisorias de los bienes de estas, por el solo ministerio de la ley.

Las consecuencias de la declaración de la interdicción y el nombramiento de tutor/a o curador/a van mucho más allá de las meramente patrimoniales. A modo de ejemplo se puede citar el artículo 16 N° 1 de la Constitución, que dispone que el derecho a sufragio se suspende por interdicción en caso de demencia. A su vez, el artículo 357 del Código de Procedimiento Civil dispone que no son hábiles para declarar como testigos los que se hallen en interdicción por causa de demencia. El artículo 10, inciso segundo, de la Ley N° 20.584 sobre derechos y deberes de los o las pacientes, indica que “cuando la condición de la persona, a juicio de su médico tratante, no le permita recibir la información directamente o padezca de dificultades de entendimiento o se encuentre con alteración de conciencia, la información a que se refiere el inciso anterior será dada a su representante legal”.

Del panorama jurídico descrito en lo que respecta a nuestro sistema de capacidad legal, se puede concluir que este es de carácter binario en el sentido de que distingue únicamente entre personas capaces e incapaces, desconociendo las múltiples realidades que de hecho existen entre esos dos extremos. Esta realidad se refleja en múltiples esferas de la vida de la persona que es considerada incapaz, de modo que se le priva de modo absoluto del derecho a desarrollar un plan de vida y ejecutarlo autónomamente, adoptar decisiones libres y ser reconocidas, en pie de igualdad, en lo que respecta a su capacidad jurídica, tanto de goce como de ejercicio.

iii) La capacidad jurídica ante el derecho internacional de los derechos humanos: paradigma del reconocimiento bajo un modelo gradual de apoyo para la toma de decisiones y salvaguardias

En la segunda sección de la presente minuta fueron destacados diversos aspectos de la CIPM, entre ellos el artículo 30 sobre igual reconocimiento de la persona mayor ante la ley, cuestión que abarca a la capacidad jurídica. En otro instrumento del Derecho Internacional de Derechos Humanos –de carácter universal y no regional, como la CIPM–, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CRPD), existe una norma idéntica al artículo 30 de la CIPM. En efecto, el artículo 12 de la CRPD manifiesta:

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

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.

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.

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

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.

Los artículos mencionados –30 de la CIPM y 12 de la CRPD– plantean que las restricciones a la capacidad jurídica no pueden basarse en la discapacidad ni en el envejecimiento *per se*, por tanto, las personas mayores y las con discapacidad podrán ejercer su derecho a la capacidad jurídica en igualdad de condiciones que las demás.

En este sentido, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos consagra la obligación de los estados de reformar sus ordenamientos jurídicos civiles a fin de permitir que las personas con discapacidad puedan ejercer su capacidad jurídica de conformidad con la normativa ya citada. Para ello, los estados deben establecer un sistema de apoyos para la toma de decisiones, que en ningún caso pueden significar la sustitución de la voluntad de quien los recibe, junto a un esquema de salvaguardias que permitan controlar los efectos de tales apoyos, a fin de evitar abusos e intromisiones indebidas.

Para iluminar más la materia en comento, de modo analógico puede citarse lo que ha planteado el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad sobre el artículo 12 de la CRPD, que, según se dijo, plantea las mismas obligaciones del artículo 30 de la CIPM: “El apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica debe respetar los derechos, la voluntad y las preferencias de las personas con discapacidad y nunca debe consistir en decidir por ellas”⁶.

Asimismo, el Comité ha observado que:

Los Estados pueden limitar la capacidad jurídica de una persona en determinadas circunstancias, como la quiebra o una condena penal. Sin embargo, el derecho al igual reconocimiento como persona ante la ley y a no sufrir discriminación exige que cuando el Estado niegue la capacidad jurídica, lo haga aplicando los mismos motivos a todas las personas. La negación de la capacidad jurídica no debe basarse en un rasgo personal como el género, la raza o la discapacidad, ni tener el propósito o el efecto de tratar a esas personas de manera diferente⁷.

Esta obligación específica se relaciona con la de carácter genérica dispuesta en el artículo 4.1.a de la CRPD, mediante la cual los estados se comprometen a “adoptar todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean pertinentes para hacer efectivos los derechos reconocidos en la presente Convención”, que también encuentra un correlato en el artículo 4 de la CIPM, mencionado en el segundo apartado de este documento.

El Comité CRPD, al interpretar el artículo 12 de la CRPD, ha distinguido entre capacidad jurídica y capacidad mental, señalando que la “capacidad jurídica es la capacidad de ser titular de derechos y obligaciones (capacidad legal) y de ejercer esos derechos y obligaciones (legitimación para actuar)”⁸. Por otro lado, ha precisado que:

[la] capacidad mental se refiere a la aptitud de una persona para adoptar decisiones, que naturalmente varía de una persona a otra y puede ser diferente para una persona determinada en función de muchos factores, entre ellos factores ambientales y sociales [sin embargo] los déficits en la capacidad mental, ya sean supuestos o reales, no deben utilizarse como justificación para negar la capacidad jurídica⁹.

Un nuevo modelo de capacidad jurídica que supere los supuestos de la sustitución de la voluntad, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 12 de la CRPD y 30 de la CIPM, debe

⁶ Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Observación General N° 1. (2014). Artículo 12: Igual reconocimiento como persona ante la ley. 11° periodo de sesiones, CRPD/C/GC/1, párr. 17.

⁷ *Ibid.*, párr. 32.

⁸ *Ibid.*, párr. 13.

⁹ Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Observación General N° 1, *op. cit.*

configurarse sobre la base de dos conceptos esenciales: los apoyos y las salvaguardias. A pesar de que las disposiciones internacionales indicadas no entregan un concepto de apoyo, el Comité CRPD ha indicado que esta voz se refiere a un “término amplio que engloba arreglos oficiales y oficiosos, de distintos tipos e intensidades”¹⁰. Doctrinariamente se ha planteado que los apoyos para la toma de decisiones pueden ser definidos como una serie de relaciones, prácticas, medidas y acuerdos, de mayor o menor intensidad, diseñados para apoyar a una persona a tomar y comunicar a otros decisiones sobre su propia vida¹¹.

El Comité CRPD ha mencionado que algunas medidas de apoyo consisten en:

[...] escoger a una o más personas [...] en las que [se confíe] para que les ayuden a ejercer su capacidad jurídica respecto de determinados tipos de decisiones, o puedan recurrir a otras formas de apoyo, como el apoyo entre pares, la defensa de sus intereses (incluido el apoyo para la defensa de los intereses propios) o la asistencia para comunicarse¹².

Otras medidas de apoyo pueden guardar relación con,

[...] el diseño universal y la accesibilidad –por ejemplo, la exigencia de que las entidades privadas y públicas, como los bancos y las instituciones financieras, proporcionen información en un formato que sea comprensible u ofrezcan interpretación profesional en la lengua de señas–, a fin de que las personas con discapacidad puedan realizar los actos jurídicos necesarios para abrir una cuenta bancaria, celebrar contratos o llevar a cabo otras transacciones¹³.

En lo que respecta a las salvaguardias, el Comité CRPD ha señalado que su objetivo principal “debe ser garantizar el respeto de los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona. Para lograrlo, las salvaguardias deben proporcionar protección contra los abusos, en igualdad de condiciones con las demás personas”¹⁴.

En términos más específicos, el propósito de las salvaguardias es evitar la influencia indebida sobre las personas que reciben medidas de apoyo para la toma de decisiones y el ejercicio de la capacidad jurídica. De conformidad con la interpretación del Comité CRPD,

¹⁰ Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Observación General N° 1, *op. cit.*

¹¹ Dinerstein, R. (2012). *Implementing Legal Capacity Under Article 12 of the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities: The Difficult Road From Guardianship to Supported Decision-Making*. *Human Rights Brief*, 19(2), 8–12. Recuperado de <http://digitalcommons.wcl.american.edu/hrbrief>

¹² *Ibid.*, p. 17.

¹³ *Ibid.*, p. 17.

¹⁴ Dinerstein, R., *op. cit.*, p. 20.

[...] se considera que hay influencia indebida cuando la calidad de la interacción entre la persona que presta el apoyo y la que lo recibe presenta señales de miedo, agresión, amenaza, engaño o manipulación. Las salvaguardias para el ejercicio de la capacidad jurídica deben incluir la protección contra la influencia indebida; sin embargo, la protección debe respetar los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, incluido el derecho a asumir riesgos y a cometer errores¹⁵.

En el caso específico de Chile, en el contexto del primer examen de cumplimiento de la CRPD, desarrollado en 2016, el Comité recomendó al Estado que:

[...] derogue toda disposición legal que limite parcial o totalmente la capacidad jurídica de las personas con discapacidad adultas, y adopte medidas concretas para establecer un modelo de toma de decisiones con apoyo que respete la autonomía, voluntad y preferencias de las personas con discapacidad, en armonía con el artículo 12 de la Convención y la observación general núm. 1 (2014) del Comité¹⁶.

La problemática que el Comité trata de resolver mediante esta recomendación –denegación de la capacidad jurídica por una consideración subjetiva– también se hace extensiva a las personas mayores en virtud de la categoría “demencia” que el artículo 1447 estatuye como causal de incapacidad.

4. ANÁLISIS DE LA ADECUACIÓN DEL PROYECTO DE LEY A LOS ESTÁNDARES INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS

Luego de destacar algunos derechos de las personas mayores que se han reconocido en el ámbito internacional a través de la CIPM, de describir el sistema doméstico de capacidad jurídica, que contempla la posibilidad de declarar incapaces a determinadas categorías de personas, y de explicar cómo ha evolucionado el reconocimiento de la capacidad legal en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que proscribire los sistemas clásicos de sustitución de la voluntad –como el chileno– en aras de uno basado en apoyos graduales para la toma de decisiones y salvaguardias, se expresará una opinión respecto a las normas del proyecto de ley que presentan incompatibilidades con las obligaciones y estándares internacionales.

En el título preliminar del proyecto de ley en análisis, que trata sobre su objeto y principios, se dispone:

¹⁵ Dinerstein, R., *op. cit.*, p. 22.

¹⁶ Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Observaciones finales sobre el informe inicial de Chile. 15º periodo de sesiones, 2016, CRPD/C/CHL/CO/1, párr. 24.

Artículo 2.- Los principios que inspiran esta ley y la protección del adulto mayor son el mejor interés del adulto mayor; la dignidad, independencia, protagonismo y autonomía del adulto mayor; la igualdad y no discriminación; la participación, integración e inclusión plena y efectiva del adulto mayor en la sociedad; la internación como medida de última ratio y la igualdad de género en la vejez.

El primer principio que indica el citado artículo 2 del proyecto es el “mejor interés del adulto mayor”. Al omitirse un concepto de qué debe entenderse en virtud de este principio, surgen dudas respecto a su sentido y alcance que, en caso de ser aprobado por el ente legislador en los términos del proyecto, deberá ser dotado de sentido y utilidad por la judicatura en los casos concretos que le sean sometidos a su conocimiento, lo que podría dar resultados y efectos diversos, incluso contradictorios. ¿Qué significa este concepto?, ¿quién determina el mejor interés?, ¿es un tercero en sustitución de la persona mayor violando el alcance del artículo 30 de la CIPM?, ¿cuál es el parámetro para determinar ese interés?, ¿el del sustituto acorde a sus propios valores e ideas o los de la persona mayor?, son interrogantes que advierten la deficiencia de la técnica legislativa utilizada en la redacción del artículo 2 del proyecto.

La denominación de este principio lo conecta con el del interés superior de niños y niñas, consagrado en la Convención sobre los Derechos del Niño y en la ley que crea los Tribunales de Familia, y ampliamente desarrollado por la jurisprudencia y la doctrina, pero inadecuado para resolver cuestiones que afectan a personas adultas. Especialmente cuando el artículo 4.a de la CIPM establece que los estados deben adoptar medidas para prevenir, sancionar y erradicar diversas formas de discriminación que afectan a las personas mayores, entre ellas la infantilización, conducta que abarca la denegación de la capacidad jurídica de estas personas.

El artículo 5 del proyecto en comento, indica:

Los directores de los Establecimientos de Larga Estadía sin fines de lucro que reciban financiamiento del Servicio Nacional del Adulto Mayor, tendrán la representación legal de los residentes que ingresen al establecimiento, solo para efectos de cobrar las pensiones básicas solidarias, pensiones de retiro, montepíos y todo otro beneficio previsional, incluidas las pensiones que considera el decreto ley N° 3.500, de 1980, así como también para demandar cuando corresponda la pensión de alimentos en beneficio del adulto mayor. Dichos recursos deberán destinarse a solventar los gastos de la estadía de la persona en el respectivo establecimiento, así como sus gastos personales, en conformidad a lo que disponga un reglamento dictado por el Ministerio de Desarrollo Social y Familia.

Los directores de los Establecimientos de Larga Estadía que ejerzan esta facultad, tendrán la obligación de rendir cuenta, una vez al año al tutor del adulto mayor que resida

en dicho establecimiento, del uso de los dineros obtenidos por las vías señaladas en el inciso precedente, en conformidad a lo señalado en el reglamento referido. Los directores serán responsables hasta la culpa leve inclusive, y les serán aplicables las normas establecidas en el Título XXIX, del Libro IV del Código Civil.

De acuerdo al artículo 5 del proyecto, el solo ingreso de una persona mayor a un establecimiento que reciba financiamiento público a través del SENAMA tendrá por efecto una suerte de incapacidad parcial y obligatoria de orden patrimonial, que ni siquiera será sometida al control jurisdiccional del discernimiento de tutelas y curadurías conforme a las normas civiles. Además, en el inciso segundo del artículo 5 del proyecto se asume que la persona mayor cuenta con un tutor o tutora a quien se le rendirá cuenta del uso del dinero, y no a la persona mayor misma, lo que implica su discriminación y sustitución, atentando en contra de los artículos 4, 5 y 30 de la CIPM.

5. CONCLUSIONES

La vejez y el envejecimiento son realidades sociales cada vez más relevantes. Es ampliamente sabido que los indicadores demográficos dan cuenta del rápido crecimiento de este grupo etario y, por lo tanto, es menester adoptar medidas para asegurarles mayores y mejores estándares de vida.

La adopción de la CIPM en el ámbito del sistema regional de protección de derechos humanos también da cuenta de la importancia de la vejez y el envejecimiento en las sociedades contemporáneas. En la presente minuta uno de los aspectos más destacados de la CIPM fue el artículo 30 sobre igual reconocimiento ante la ley de la persona mayor, lo que abarca su capacidad jurídica, tanto de goce como de ejercicio. También se mencionó que el artículo 12 de la CRPD, en el dominio del sistema universal de protección de derechos humanos, plantea el mismo derecho para las personas con discapacidad e idénticas obligaciones para el Estado.

Los artículos 30 de la CIPM y 12 de la CRPD importan avanzar hacia una profunda modificación de nuestro sistema de capacidad jurídica para terminar con la sustitución propia de los esquemas clásicos, como el vigente en Chile, y que importe la adopción de un ecosistema de apoyos graduales para la adopción de decisiones y salvaguardias o formas de control para evitar abusos e influencias indebidas. En la región, países como Argentina, Costa Rica, Perú y Colombia han avanzado en el sentido descrito.

Respecto al objeto de la citación que motiva la presente minuta, esto es, conocer la opinión del INDH sobre una posible vulneración de derechos de las personas mayores relativos al

reconocimiento de su plena capacidad jurídica, debe considerarse que al menos los artículos 2 y 5 del proyecto en análisis serían incompatibles con distintos artículos de la CIPM (1, 3, 4, 5 y 30).

6. RECOMENDACIONES

1. Respeto del proyecto de ley en concreto:
 - a. Ajustar la redacción de los artículos 2 y 5 del proyecto de ley para que sean congruentes con el contenido de la CIPM, especialmente con su artículo 30 que considera el derecho al igual reconocimiento ante la ley de la persona mayor, lo que incluye su capacidad jurídica, tanto de goce como de ejercicio.
 - b. Se recomienda ajustar la nomenclatura utilizada en el proyecto con la propia del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, particularmente se insta a sustituir las voces “adulto mayor” o “adultos mayores” por “persona mayor” o “personas mayores”, según corresponda.

2. Respeto de cuestiones generales relativas a un nuevo sistema de capacidad legal:
 - a. Tal como se ha recomendado en otras instancias legislativas, por ejemplo, a propósito del trámite del proyecto de ley Boletín N° 12.441-17, se debe otorgar un tratamiento integral y sistemático al sistema de capacidad jurídica aplicable a las personas mayores y personas con discapacidad, de conformidad con los estándares de los artículos 30 y 12 de la CIPM y CRPD, respectivamente, y los demás estándares internacionales aplicables.
 - b. Un nuevo sistema de capacidad legal, que cumpla con los estándares de los artículos 30 y 12 de la CIPM y CRPD, debe establecer bases conceptuales claras respecto a qué se entenderá por apoyos para el ejercicio de la capacidad jurídica y salvaguardias que aseguren el respeto, la voluntad y las preferencias de las personas que reciben medidas de apoyo, a fin de evitar que se ejerza influencia indebida sobre ellas.