

LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD FRENTE AL DERECHO DEL
CONSUMO NACIONAL: CONSTRUCCIÓN DOGMÁTICA Y NORMATIVA
DE LA FIGURA DEL CONSUMIDOR HIPERVULNERABLE

[Persons with disabilities in national consumer law: dogmatic and normative construction of
the figure of the hypervulnerable consumer]

PABLO IBACACHE PUEL PAN¹

RESUMEN

Este trabajo tiene por fin analizar la realidad de las personas con discapacidad en su faceta de consumidores dentro del sistema jurídico chileno, centrándose en la construcción del denominado consumidor hipervulnerable. Para ello se realizará un estudio exhaustivo de las distintas normas que los amparan, articulando preceptos tanto nacionales como internacionales. Dentro de esta misma lógica se hará un examen de la jurisprudencia en esta materia. Por último, se indagará en el tratamiento de la figura en comento en Derecho Comparado, confrontándolo con la experiencia chilena.

PALABRAS CLAVES

Consumidores - personas con discapacidad
- hipervulnerabilidad.

ABSTRACT

The purpose of this paper is to analyze the reality of persons with disabilities as consumers within the Chilean legal system, focusing on the construction of the so-called hypervulnerable consumer. For this purpose, an exhaustive study will be made of the different norms that protect them, articulating both national and international precepts. Within this same logic, an examination will be made of the case law on this matter. Finally, the treatment of the figure in question in Comparative Law will be investigated, comparing it with the Chilean experience.

KEYWORDS

Consumers - people with disabilities -
hypervulnerability.

¹ Egresado de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso.

INTRODUCCIÓN

En la actualidad, la cuestión de la discapacidad y los retos que esta supone se encuentran presentes en la agenda programática de todo estado moderno con pretensiones de alcanzar un desarrollo integral de todos y cada uno de sus integrantes, y en particular, de los grupos más vulnerables. El apoyo, reconocimiento e inclusión de las personas en situación de discapacidad representan, por consiguiente, cometidos de índole mundial.

Lo anterior cobra aún mayor importancia si tenemos en cuenta que alrededor del 15% de la población mundial vive con algún tipo de discapacidad². En el caso chileno, acorde con el Segundo Estudio Nacional de la Discapacidad del año 2015 (II ENDISC), el 16,7% de la población de 2 y más años se encuentra en situación de discapacidad, cifra que corresponde a cerca de 3 millones de chilenos y chilenas³. Las personas con discapacidad constituyen, por tanto, un sector significativo dentro de la sociedad que, como tal, merece ser tutelado en igual medida que los demás individuos que la componen.

En este sentido, el avance en el tratamiento jurídico de la discapacidad se presenta como un desafío trascendental de cara a superar las diversas barreras existentes y alcanzar la plena inclusión y participación social, política, económica y cultural de este grupo humano. Al respecto, estimamos que, sumado al papel que cumple el Estado a través de la implementación de políticas legislativas, la doctrina de los autores y los distintos operadores del sistema jurídico, también están llamados a ejercer un rol preponderante en la consecución de estos objetivos. El perfeccionamiento de las reglas, principios e instituciones que conforman el estatuto tutelar de las personas en situación de discapacidad, depende en buena medida de la labor de las personas encargadas de la creación, interpretación y aplicación del Derecho.

En un contexto como este, nos parece que uno de los ámbitos en que se desenvuelven día a día las personas con discapacidad que requiere de mayor desarrollo en el Derecho chileno es el que dice relación con los actos de consumo. Al efecto, dentro del ordenamiento jurídico nacional no existe una consagración legal expresa de algo así como un estatuto protector especial del consumidor con discapacidad. Sobre el particular, no es posible encontrar menciones directas ni en la Ley N°19.496 que “establece normas sobre protección de los derechos de los consumidores”, ni en la Ley N°20.422 que “establece normas sobre igualdad de oportunidades e inclusión social de personas con discapacidad” (ley matriz en lo que respecta a discapacidad en Chile).

A su turno, si nos remitimos a la literatura jurídica chilena, nos daremos cuenta de que son muy pocos los autores que se han ocupado de ahondar en temáticas que involucren a consumidores en situación de discapacidad. Pese a la relevancia que han alcanzado tanto el consumo como la discapacidad en las sociedades modernas, el estudio conjunto de estas materias continúa como un nicho casi inexplorado por parte de la doctrina nacional.

Por último, en la esfera jurisprudencial, el número de casos en los que nuestra magistratura se ha pronunciado acerca de los derechos de las personas con discapacidad cuando estas actúan como consumidores de bienes y servicios en el mercado ha sido más bien exiguo. Sumado a esta

² Información disponible en: https://www.who.int/disabilities/world_report/2011/es/.

³ Información disponible en: https://www.senadis.gob.cl/pag/355/1197/ii_estudio_nacional_de_discapacidad.

situación, los argumentos vertidos por los jueces chilenos en la mayoría de estas sentencias han sido bastante escuetos y el razonamiento empleado en las mismas, poco innovador.

Ahora bien, si tenemos en cuenta la incidencia del consumo como práctica cotidiana en la vida de las personas, las desigualdades presentes en la relación de consumo a las que se ven expuestos los consumidores y la especial condición de vulnerabilidad en que se encuentran las personas en situación de discapacidad, nos daremos cuenta de que la falta de desarrollo a la que acabamos de hacer referencia no es un asunto menor.

Las personas con discapacidad conforman uno de los sectores más vulnerables, desfavorecidos y discriminados de la sociedad, cuestión que se ve acrecentada si localizamos a este grupo dentro del mercado de las operaciones de consumo. En efecto, las relaciones jurídicas de consumo –entendiendo por tales, las celebradas entre proveedores profesionales de bienes y servicios y los consumidores de los mismos– se sitúan en un plano desigual, en el cual es posible constatar, entre otras adversidades, asimetrías en el nivel de la información de los bienes y servicios que se pretenden contratar o un importante desequilibrio en la capacidad o poder para negociar. Así, si a los contratiempos o disparidades que deben afrontar los consumidores, le sumamos la vulnerabilidad propia de las personas en situación de discapacidad, obtendremos como resultado un consumidor particularmente débil o doblemente vulnerable.

En razón de lo manifestado es que, en lo sucesivo, intentaremos identificar y analizar la realidad del consumidor con discapacidad dentro del ordenamiento jurídico chileno. En este orden de cosas, los objetivos del presente trabajo consistirán, tanto en visibilizar la vulnerabilidad de los consumidores en situación de discapacidad, como en advertir la necesidad de elaborar e implementar medidas protectoras específicas en favor de este colectivo. Para este propósito, hemos decidido adentrarnos en el estudio del denominado consumidor hipervulnerable. Tal y como lo indica el título del escrito, nuestros esfuerzos estarán puestos en su construcción dogmática y normativa. Al indagar en esta figura, esperamos poder articular el entramado legal nacional e internacional encargado de tutelar de manera concreta a las personas en situación de discapacidad junto con el que las auspicia en su calidad de consumidores de bienes y servicios. En tal sentido, confiamos que, entre más armónico sea el estudio de estas materias, más cerca estaremos del cumplimiento de los objetivos propuestos.

I. ESTATUTO TUTELAR INTERNACIONAL DE LA DISCAPACIDAD: LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

1. *Concepto de discapacidad en la Convención*

La CDPD no establece de manera expresa una definición de discapacidad. Sin embargo, esta se puede construir en base a la lectura tanto de su preámbulo, como del primero de sus artículos. Al efecto, en estas disposiciones se prescribe lo siguiente:

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

Artículo 1º, inciso segundo: “Las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas

barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”.

A la luz de estas normas, la discapacidad se aprecia como un concepto en constante evolución, fluido, dinámico y no restringido sobre la base de enfoques que solo tienen en cuenta la deficiencia que pueda experimentar la persona⁴. En este instrumento, se concibe a la discapacidad, no como una dificultad o impedimento individual, sino como un déficit relacional producto de la interacción entre las circunstancias limitantes personales del individuo y las barreras actitudinales y del entorno que lo rodea.

En base a este concepto, lo correcto es entender que son estas barreras y no la deficiencia que acompañe a la persona en situación de discapacidad, las que limitan o impiden que su participación sea plena, efectiva y en condiciones de igualdad respecto de los demás integrantes de la sociedad. Así, por ejemplo, se considera que una incapacidad para caminar es una deficiencia, mientras que una incapacidad para entrar a un edificio debido a que la entrada consiste exclusivamente en una escalera es una discapacidad; una incapacidad para hablar es una deficiencia pero la incapacidad para comunicarse porque las ayudas técnicas no se encuentran disponibles es una discapacidad; una incapacidad para moverse es una deficiencia pero la incapacidad para salir de la cama a causa de la falta de disponibilidad de ayuda apropiada es una discapacidad, etc⁵. En definitiva, no son las limitaciones individuales las raíces del fenómeno, sino las limitaciones de la propia sociedad para prestar los servicios que aseguren adecuadamente que las necesidades de las personas con discapacidad sean tenidas en cuenta dentro de la organización social⁶.

Por otro lado, cabe agregar que la que entrega la CDPD no es una definición cerrada o taxativa, es decir, no excluye a otras situaciones o personas protegidas por las legislaciones internas de los Estados⁷. Lo que hace la Convención, a través de sus disposiciones, es fijar el contenido mínimo que debe tener toda definición de discapacidad en el marco jurídico interno de cada uno de los Estados Partes, lo que se traduce en que estos podrán optar entre adoptar este mínimo en sus legislaciones, o bien, ampliarlo (nunca reducirlo) a otras personas o circunstancias. En tal sentido, cualquiera sea la opción que decida tomar el Estado en cuestión, la Convención se seguirá aplicando indistintamente⁸.

2. *Discapacidad como una cuestión de Derechos Humanos*

Suele decirse que la CDPD implicó un cambio de paradigma en el tratamiento internacional de la discapacidad, que puede resumirse en su consideración como una cuestión de derechos humanos. A partir de este nuevo enfoque, las políticas ofrecidas y las respuestas brindadas por los Estados a los problemas que enfrentan las personas en situación de discapacidad pasaron a ser pensadas, desde y hacia, el respeto de los derechos humanos⁹. En palabras de la autora

⁴ CISTERNAS REYES, María, *Desafíos y avances en los derechos de las personas con discapacidad: una perspectiva global*, en *Anuario de Derechos Humanos* 11 (2015), p. 20.

⁵ PALACIOS, Agustina y BARIFFI, Francisco, *La discapacidad como una cuestión de derechos humanos. Una aproximación a la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad* (Madrid, Ediciones Cinca, Colección Telefónica Accesible, 2007), pp. 58-59.

⁶ *Ibíd*, p. 19.

⁷ *Ibíd*, p. 65.

⁸ *Ibíd*, p. 66.

⁹ *Ibíd*, p. 11.

PATRICIA CUENCA “manejar un enfoque de derechos humanos implica tomarse en serio la idea de que las personas con discapacidad son sujetos que poseen los mismos derechos que el resto de los ciudadanos, garantizando la igualdad y la no discriminación de este colectivo en su titularidad, disfrute, protección y ejercicio”¹⁰.

Desde esta óptica se reconoce que las personas con discapacidad cuentan con los mismos derechos y dignidad que los demás, lo que se concreta en la aplicación de medidas protectoras específicas para garantizar el pleno goce y ejercicio de estos derechos, en igualdad de condiciones que el resto de los individuos¹¹.

Sin perjuicio de lo anterior, conviene tener presente que, aunque hoy en día es común abordar la cuestión de la discapacidad desde esta nueva perspectiva, no siempre ha sido así. En efecto, este cambio fue propiciado en gran parte gracias a las constantes luchas que han venido sosteniendo las propias personas con discapacidad, desde la década de los años setenta del siglo pasado, quienes reclamaban que se las dejase de considerar como objetos de políticas asistenciales, para pasar a ser sujetos de derecho¹², permitiéndoles de esta manera ejercer el control y la dirección de sus vidas, del mismo modo en que lo podían hacer las personas no discapacitadas¹³.

De esta manera, para valorar adecuadamente la importancia que supone esta nueva forma de comprender la discapacidad, es necesario detenernos en la evolución que han tenido los distintos modelos de tratamiento de la misma a lo largo de la historia. Así las cosas, en lo sucesivo distinguiremos tres modelos que, si bien es cierto, coexisten en alguna medida en la actualidad, pueden ser ubicados en distintos momentos históricos.

a) *Modelo de prescindencia*

Este primer modelo, cuyos comienzos datan de la antigüedad clásica, considera que las causas que dan origen a la discapacidad son religiosas, y que las personas con discapacidad son innecesarias y no tienen nada que aportar a la comunidad. A causa de esta manera de pensar, la sociedad resuelve prescindir de este grupo, ya sea a través de la aplicación de políticas o prácticas eugenésicas, tales como el infanticidio en el caso de los recién nacidos, o bien marginándolas de la misma., estimándolas como objetos de caridad y sujetos de asistencia¹⁴.

b) *Modelo rehabilitador*

El segundo modelo, denominado como *rehabilitador* o *médico*, nace durante las primeras décadas del siglo XX, en el contexto de la Primera Guerra Mundial, y afirma que las causas de la discapacidad no son religiosas, sino que científicas. A partir de este nuevo estándar, la

¹⁰ CUENCA GÓMEZ, Patricia, *La capacidad jurídica de las personas con discapacidad: el Art. 12 de la Convención de la ONU y su impacto en el ordenamiento jurídico español*, en *Derechos y Libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas* 24 (2011), 15, p. 224.

¹¹ PALACIOS, Agustina y BARIFFI, Francisco, cit. (n. 5), p. 23.

¹² *Ibid.*, p. 11.

¹³ CAMPOY CERVERA, Ignacio, *Reflexiones acerca de los derechos de las personas con discapacidad*, ahora, en CAMPOY CERVERA (coordinador), *Los derechos de las personas con discapacidad: perspectivas sociales, políticas, jurídicas y filosóficas* (Madrid, Dykinson, 2004), p. 12.

¹⁴ PALACIOS, Agustina, *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad* (Madrid, Ediciones Cinca, 2008), p. 26.

discapacidad dejó de ser captada como un castigo divino y empezó a entenderse como una enfermedad susceptible de tratamiento médico.

Al respecto, los autores JOSÉ IGNACIO SOLAR y MARÍA OLGA SÁNCHEZ, describiendo a este modelo, plantean que “desde esta perspectiva, se ha considerado que la discapacidad es una consecuencia natural derivada de la pérdida o merma que sufre una persona en sus funciones físicas, psíquicas, sensoriales o intelectuales a raíz de una alteración genética, un trauma, una enfermedad, un accidente o cualquier otra condición relativa a la salud. El foco de atención se sitúa, pues, en la deficiencia que padece la persona, caracterizada como una anomalía patológica que le dificulta o impide la realización de determinadas actividades. Y en consecuencia, la discapacidad es concebida y abordada como un problema médico, de carácter individual, que tiene su origen en esa limitación funcional”¹⁵. En este sentido, el modelo rehabilitador innova en lo que refiere al origen de la discapacidad, pero se estanca al estimar que el problema parte de la persona misma, la que termina siendo percibida como simple objeto de análisis clínico y de cuidado médico.

Asimismo, este modelo hace abandono de la idea de innecesidad o inutilidad que pregonaba el modelo de la prescindencia. Desde este instante, se entiende que las personas con discapacidad sí que pueden insertarse y contribuir en las necesidades de la sociedad, pero siempre y cuando estas se rehabiliten, disimulen o escondan su diferencia, y se asimilen con los demás individuos que la componen, aunque eso signifique erradicar o encubrir la diversidad que la propia discapacidad representa¹⁶. En un contexto como este, la integración social de las personas en situación de discapacidad queda completamente subordinada a la supresión u ocultamiento de las diferencias. En palabras de AGUSTINA PALACIOS “pareciera que el objetivo perseguido [por el modelo] no es la igualdad sino lo idéntico, y –a lo idéntico– se llega a costa de la igualdad”¹⁷.

c) *Modelo social*

Este tercer y último modelo emerge a finales de la década de los sesenta o principios de la del setenta del siglo pasado, en Inglaterra y Estados Unidos, y postula que las causas que dan origen a la discapacidad no son ni religiosas, ni científicas, sino que eminentemente sociales. A partir de este nuevo modelo se produce un cambio de paradigma en el tratamiento de la discapacidad, ya que la entiende como una construcción y una forma de opresión social, y el resultado de una comunidad que no considera ni tiene presente a estas personas¹⁸.

A diferencia del anterior modelo, el social comprende que la discapacidad no es una carencia a ser remediada en pos de la inserción social del individuo, sino que es un producto social, resultado de las interacciones entre la persona y un entorno no concebido para ella¹⁹. Por esta razón, se considera que las personas con discapacidad pueden aportar a la comunidad en igual

¹⁵ SÁNCHEZ MARTÍNEZ, María Olga y SOLAR CAYÓN, José Ignacio, *La Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su impacto en la legislación Autónoma de Cantabria* (Madrid, Dykinson, 2015), p. 25.

¹⁶ PALACIOS, Agustina y BARIFFI, Francisco, cit. (n. 5), p. 15.

¹⁷ PALACIOS, Agustina, cit. (n. 14), p. 99.

¹⁸ *Ibid*, p. 27.

¹⁹ VELARDE LIZAMA, Valentina, *Los modelos de la discapacidad: un recorrido histórico*, en *Revista Empresa y Humanismo* 15 (2012), 1, p. 128.

medida que el resto de sus integrantes, pero siempre desde el respeto y la valoración de su condición de personas, en ciertos aspectos, diferentes²⁰.

El mérito del modelo consiste en que supera la visión tradicional de la discapacidad al enfocarse, ya no en lo individual, sino que en lo social. Así, es la propia sociedad la que está obligada a cambiar para afrontar las necesidades de las personas con discapacidad, y no al revés, como sucedía en el modelo médico. Sobre este tema, el autor LUIS PÉREZ BUENO comenta que “las ‘soluciones’ no deben tener cariz individual respecto de cada persona concreta ‘afectada’, sino que más bien deben dirigirse a la sociedad. A diferencia del modelo médico que se asienta sobre la rehabilitación de las personas con discapacidad, el modelo social pone el énfasis en la rehabilitación de una sociedad, que ha de ser concebida y diseñada para hacer frente a las necesidades de todas las personas, gestionando las diferencias e integrando la diversidad”²¹.

En razón de lo expuesto, resulta claro que, la que adopta la CDPD, para efectos de abordar la discapacidad como una cuestión de derechos humanos, es la filosofía del modelo social, y no la del médico o rehabilitador y mucho menos la del de prescindencia. Al efecto, el modelo en comento se encuentra íntimamente ligado con valores inherentes a los derechos humanos, como la dignidad humana, la solidaridad, la igualdad y la libertad personal, y se estructura sobre la base de principios trascendentales en materia de discapacidad, como el de vida independiente, no discriminación, accesibilidad universal, normalización del entorno y diálogo civil, entre otros²². En tal sentido, lo que hizo la Convención, para efectos de entregar una tutela efectiva a los derechos, garantías y libertades de las personas en situación de discapacidad, fue incorporar todos estos valores y principios a lo largo de sus disposiciones, lo que a su vez se traduce en la obligación de los Estados Parte de hacer lo mismo en sus legislaciones internas.

3. *El consumidor con discapacidad en la Convención*

Dentro de la CDPD no es posible encontrar preceptos que se refieran de manera expresa y específica a la situación del consumidor con discapacidad. Sin embargo, esto no es obstáculo para que podamos articular un estatuto protector de este colectivo en base a una interpretación armónica de los derechos, principios e instituciones que emanan del propio texto de la Convención. Tal y como se señaló en la parte introductoria de este trabajo, la de los consumidores en situación de discapacidad es una realidad que, debido a la trascendencia que ha alcanzado el consumo en las sociedades modernas, y a la doble vulnerabilidad en que se encuentran, simplemente no se puede desconocer. En consecuencia, el criterio hermenéutico que debe primar a la hora de interpretar este instrumento internacional es el denominado principio *pro homine*, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos y, de manera inversa, a la norma o interpretación más restringida, cuando se intenten establecer limitaciones a los mismos²³. Así,

²⁰ PALACIOS, Agustina y BARIFFI, Francisco, cit. (n. 5), p. 19.

²¹ PÉREZ BUENO, Luis, *Discapacidad, Derecho y Políticas de Inclusión* (Madrid, Ediciones Cinca, Colección Cermi, 2010), p. 84

²² PALACIOS, Agustina y BARIFFI, Francisco, cit. (n. 5), p. 19.

²³ PINTO, Mónica, *El principio pro homine. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos*, ahora, en ABREGÚ, Martín (coordinador), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales* (Buenos Aires, Editores del Puerto, 1997), p. 163.

en caso de duda, el intérprete siempre debe optar por la interpretación que mejor favorezca, asegure y garantice los derechos humanos.

En este orden de ideas, estimamos que en esta materia juegan un rol preponderante el derecho a la accesibilidad, y el diseño universal (artículos 2º, 3º, 4º y 9º); el derecho a la igualdad y no discriminación, y los ajustes razonables (artículos 2º, 3º y 5º); y el derecho al igual reconocimiento como persona ante la ley, y los sistemas de apoyos y salvaguardias (artículo 12º). Sin perjuicio de que es posible tener a la vista otros derechos reconocidos en la Convención, como el derecho a una vida independiente y a participar en comunidad (artículos 3º y 19º), o el derecho a concurrir a lugares de esparcimiento y recreación (artículo 30º), lo cierto es que los recién mencionados conforman la base o punto de partida para que el intérprete pueda elaborar un sistema protector de los derechos de este grupo en el campo del Derecho Internacional. Así, en lo que sigue, desarrollaremos el contenido de cada uno de estos derechos, principios e instituciones y explicaremos cómo es que se vinculan los unos con los otros para efectos de construir un estatuto que ampare a las personas con discapacidad en su faceta de consumidores de bienes y servicios en el mercado.

a) *El derecho a la accesibilidad y el diseño universal*

La CDPD aborda la accesibilidad desde dos perspectivas: como un principio informador de todos sus preceptos y como un derecho subjetivo del individuo. Respecto a su dimensión como principio²⁴, AGUSTINA PALACIOS comenta que este “resulta ser una condición ineludible para el ejercicio de los derechos –en igualdad de oportunidades– por todas las personas, y para, en último término conseguir el logro de la igual dignidad humana”²⁵. La misma autora, profundizando sobre esta idea, agrega que “la accesibilidad es una herramienta imprescindible para lograr la igualdad real de las personas con discapacidad. En la medida en que se garantice un entorno accesible, las personas con discapacidad podrán gozar y ejercer sus derechos fundamentales en igualdad de condiciones que los demás”²⁶. La conexión entre la accesibilidad y la igualdad es evidente, toda vez que la primera se encarga de ayudar a la consecución de la segunda.

Ahora, en lo que respecta a la accesibilidad como derecho, es necesario tener en cuenta el artículo 9º de la Convención, el cual indica en su primera parte que: “*A fin de que las personas con discapacidad puedan vivir en forma independiente y participar plenamente en todos los aspectos de la vida, los Estados Partes adoptarán medidas pertinentes para asegurar el acceso de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, al entorno físico, el transporte, la información y las comunicaciones, incluidos los sistemas y las tecnologías de la información y las comunicaciones, y a otros servicios e instalaciones abiertos al público o de uso público*”.

Lo anterior debe ser complementado con lo dispuesto en los artículos 2º y 4º de la Convención. Al efecto, este último prescribe en su letra f) que es obligación de los Estados Partes “*emprender o promover la investigación y el desarrollo de bienes, servicios, equipos e instalaciones de diseño universal [...] que requieran la menor adaptación posible y el menor costo para satisfacer las necesidades específicas de las personas con discapacidad, promover su disponibilidad uso, y promover el diseño universal en la elaboración*

²⁴ El artículo 3º de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad señala: “*Los principios de la presente Convención serán: f) La accesibilidad*”.

²⁵ PALACIOS, Agustina y BARIFFI, Francisco, cit. (n. 5), p. 84.

²⁶ *Ibid*, p. 103.

de normas y directrices". A su turno, el artículo 2° dice que *"por diseño universal se entenderá el diseño de productos, entornos, programas y servicios que puedan utilizar todas las personas en la mayor medida posible, sin necesidad de adaptación ni diseño especializado. El diseño universal no excluirá las ayudas técnicas para grupos particulares de personas con discapacidad, cuando se necesiten"*.

Todos estos artículos son tremendamente relevantes en la configuración de un estatuto protector de los consumidores con discapacidad, ya que en ellos se hace referencia directa a los productos y servicios que se ofrecen en el mercado²⁷. En estas normas pues, se reconoce la necesidad de diseñar bienes y servicios que se adecuen a la realidad específica de este grupo humano, para que así puedan utilizarlos y participar plenamente y en condiciones de igualdad en todos los aspectos de la vida.

Sin perjuicio de lo anterior, hay que tener claro que la exigencia de accesibilidad no se proyecta sobre cualquier bien o servicio, sino solo respecto de aquellos que propicien la participación del individuo en la vida social²⁸. Así pues, los bienes y servicios que se ofrecen en el campo de las operaciones de consumo son perfectamente subsumibles a esta idea de accesibilidad. Al efecto, en palabras del autor LUIS ENRIQUE ALONSO, el consumo constituye "un fenómeno social trascendente y multidimensional, cuya presencia e influjo en nuestras sociedades contemporáneas es tan relevante, que alcanza la creación y estructuración de nuestras identidades individuales y colectivas, y que índice y conforma los modos [y] formas de expresión relacionales"²⁹. Además de constituir una fuente de bienestar y satisfacción de las necesidades básicas del ser humano, el consumo tiene una relevancia social que no puede ser desatendida.

Ahora bien, para hacer efectivo este derecho, la Convención establece la obligación correlativa de los Estados Parte, consistente en adoptar todas las medidas pertinentes para garantizar el acceso a todos los bienes y servicios ofertados al público, teniendo siempre presente los principios del diseño universal, para que cualquier persona, con o sin discapacidad, pueda usarlos de la forma más natural posible. Sobre el particular es preciso señalar que, mientras el Tratado haya sido ratificado y se encuentre actualmente vigente en el país ratificante, estos imperativos resultarán perfectamente exigibles, no solo al Estado, sino que también a los proveedores de bienes y servicios³⁰. Esta idea ha sido recalcada por el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, el cual indicó en su Observación General N°2 de 2014 que, en la medida que los productos y servicios estén abiertos al público o sean de uso público, deberán ser accesibles a todas las personas, independiente que la entidad que los posea u ofrezca sea una entidad pública o una empresa privada³¹. Cualquiera sea el caso, a las personas con discapacidad se les debe garantizar su acceso efectivo y en unas condiciones que propendan a la igualdad y respeten su dignidad inherente.

Para finalizar, queremos destacar que el alcance de este derecho-principio va más allá de la discapacidad. En efecto, la accesibilidad actúa en beneficio de cualquier grupo o colectivo

²⁷ Sumado a estas, hay otras normas de la Convención que se refieren de manera específica al rubro de los servicios. Tal es el caso de los servicios de salud (artículo 25°), los servicios culturales, y los servicios turísticos (artículo 30°).

²⁸ DE ASÍS, Rafael, *Sobre la accesibilidad universal*, pp. 2-3 [visible en internet: https://www.cermi.es/sites/default/files/docs/eventos/Rafael_de_Asis_Accesibilidad_Universal.pdf].

²⁹ ALONSO BENITO, Luis Enrique, *La era del consumo* (Madrid, Siglo XXI, 2005), p. 30.

³⁰ ISLER SOTO, Erika, *Derecho del Consumo. Nociones Fundamentales* (Santiago, Tirant Lo Blanch, 2019), p. 222.

³¹ COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD, *Observación General Sobre el Artículo 9: Accesibilidad*. CRPD/C/31/3. 11° Período de sesiones (2014), p. 5 [visible en internet: www.convenciondiscapacidad.es/wp-content/uploads/2019/01/Observacion-2-Articulo-9-Accesibilidad.pdf].

humano que la necesite, lo que incluye a las mujeres, niños y niñas, a las personas de la tercera edad, entre otros.

b) *El derecho a la igualdad y no discriminación y la incidencia de los ajustes razonables*

Al igual que en el caso anterior, la CDPD entiende que este es tanto un principio como un derecho. Como principio programático³², la igualdad y la no discriminación constituyen el pilar básico sobre el que se estructura la Convención y el sustrato filosófico que irradia la totalidad de sus disposiciones. Estas ideas conforman el eje fundamental y se identifican con el origen mismo de este instrumento internacional.

En lo que refiere a su faz como derecho subjetivo, el artículo 5° de la Convención prescribe que las personas con discapacidad *“son iguales ante la ley y en virtud de ella y que tienen derecho a igual protección legal y a beneficiarse de la ley en igual medida sin discriminación alguna”*. Como se puede apreciar, lo que hace este precepto es reconocer la denominada igualdad formal o igualdad ante la ley de este colectivo³³.

Por su parte, el inciso segundo de la norma va más allá de este reconocimiento formal, estableciendo la garantía de no discriminación, que inspira todo el texto de la Convención³⁴. En efecto, esta norma mandata que *“Los Estados Parte prohibirán toda discriminación por motivos de discapacidad y garantizarán a todas las personas con discapacidad protección legal igual y efectiva contra la discriminación por cualquier motivo”*. Asimismo, el inciso tercero prescribe que *“A fin de promover la igualdad y eliminar la discriminación, los Estados Parte adoptarán todas las medidas pertinentes para asegurar la realización de ajustes razonables”*. Por último, en el inciso final del artículo se dice que no se considerarán discriminatorias *“las medidas específicas que sean necesarias para acelerar o lograr la igualdad de hechos de las personas con discapacidad (esta última parte del precepto reconoce la validez de las denominadas medidas de acción positiva o discriminación inversa)”*³⁵.

Pues bien, de la lectura del segundo y tercer inciso de la norma se desprenden dos conceptos de alta relevancia para los propósitos de nuestro trabajo, que son necesarios de precisar: la discriminación por motivos de discapacidad y los ajustes razonables. El primero está definido en el artículo 2° de la CDPD de la siguiente manera: *“Por discriminación por motivos de discapacidad se entenderá cualquier distinción, exclusión o restricción por motivos de discapacidad que tenga el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en los ámbitos político, económico, social, cultural, civil o de otro tipo. Incluye todas las formas de discriminación, entre ellas, la denegación de ajustes razonables”*.

Esta definición es sumamente innovadora ya que, debido a los términos amplios en que fue redactada, es posible incluir todas las formas de discriminación posibles, entre ellas, la discriminación directa; la discriminación indirecta; la discriminación por asociación; la discriminación estructural o sistémica; la discriminación en razón de una discapacidad aparente; la exclusión y segregación por motivos de discapacidad en cualquier esfera social; la violencia

³² El artículo 3° de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad indica que: *“Los principios de la presente Convención serán: b) La no discriminación; c) La participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad; d) El respeto por la diferencia y la aceptación de las personas con discapacidad como parte de la diversidad y la condición humanas; e) La igualdad de oportunidades; g) La igualdad entre el hombre y la mujer”*.

³³ PALACIOS, Agustina y BARIFFI, Francisco, cit. (n. 5), p. 101.

³⁴ *Ibid*, p. 102.

³⁵ *Ibid*.

por motivos de discapacidad; la denegación de apoyos; la denegación de acceso; y la denegación de ajustes razonables³⁶.

A su turno, el mismo artículo 2° define a los ajustes razonables como: “*Las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales*”³⁷.

Acorde con PÉREZ BUENO, los ajustes razonables deben ser entendidos como una “conducta positiva de actuación del sujeto obligado por [una] norma jurídica consistente en realizar modificaciones y adaptaciones adecuadas del entorno, entendido en un sentido lato, a las necesidades específicas de las personas con discapacidad en todas las situaciones particulares [en] que estas puedan encontrarse a fin de permitir en esos caso [s] el acceso o el ejercicio de sus derechos y su participación comunitaria en plenitud, siempre que dicho deber no suponga una carga indebida, interpretada con arreglo a los criterios legales, para la persona obligada y no alcancen a la situación particular las obligaciones genéricas de igualdad, no discriminación y accesibilidad universal”³⁸.

Los ajustes razonables se relacionan con la accesibilidad a los bienes y servicios de la que hablamos en el acápite anterior, en el entendido que ambos existen para hacer efectivos los derechos de las personas con discapacidad en un plano de igualdad respecto de los demás, pero se diferencian en que acontecen en momentos y operan en supuestos diversos. Mientras la accesibilidad se vincula con grupos de personas, los ajustes razonables se refieren a casos individuales. Así, en los hechos un bien o servicio puede ser calificado como accesible para los consumidores con discapacidad, pero podría suceder que, en razón de circunstancias particulares, un individuo requiera la aplicación de un ajuste razonable. Un ejemplo de esto sería el caso en que se oferte un bien de manera presencial a través del sistema Braille, pero ocurre que el potencial consumidor con discapacidad visual no sabe leerlo. En este caso, el bien es accesible, pero por circunstancias especiales, la persona requerirá de una modalidad de comunicación específica. En tal sentido, podríamos decir que la de otorgar accesibilidad es una obligación que opera *ex ante*, mientras los ajustes razonables tienen lugar *ex post*.

Sumado a lo anterior, hay que tener claro que, en el caso que un consumidor en situación de discapacidad viera obstaculizado o derechamente negado su acceso respecto de un bien o servicio determinado o a los ajustes razonables pertinentes, dichas conductas deberán ser considerados como actos discriminatorios. En efecto, tanto la denegación de acceso, como la de

³⁶ CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS, *Igualdad y no discriminación de acuerdo con el artículo 5 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos*. A/HRC/24/3. 34° Período de sesiones (2017), p. 8 [visible en internet: <https://www.refworld.org/cgi-bin/txis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=58ad864b4>]

³⁷ Algunos ejemplos de ajustes razonables son la posibilitación del acceso a la información y las instalaciones existentes a las personas afectadas en determinadas situaciones; la adaptación de materiales de aprendizaje y planes de estudio a las capacidades especiales de la persona; el ajuste de los procedimientos médicos; la aplicación de modalidades de comunicación específicas; y la facilitación del acceso de personal de apoyo a instalaciones de acceso restringido al público, entre otros. *Ibid*, p. 9.

³⁸ PÉREZ BUENO, Luis, *La configuración jurídica de los ajustes razonables*, p. 8 [visible en internet: www.coag.es/informacion/novedades/archivos/LA-CONFIGURACION-JURIDICA-DE-LOS-AJUSTES-RAZONABLES.pdf]

los ajustes razonables que sean necesarios aplicar, constituyen hipótesis de discriminación por motivos de discapacidad, expresamente prohibidas por el artículo 5° de la Convención.

c) *El derecho al igual reconocimiento como persona ante la ley y el rol de los sistemas de apoyos y salvaguardias*

Este derecho se encuentra consignado en el artículo 12° de la CDPD, y contempla una serie de prescripciones que suponen una auténtica revolución en el tratamiento tradicional de la capacidad jurídica de las personas en situación de discapacidad³⁹. Así, el primer inciso de la norma dice que “*Los Estados Partes reafirman que las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica*”. Por su lado, el inciso segundo mandata que “*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*”.

Estas disposiciones son tremendamente valiosas, ya que les reconocen a las personas con discapacidad, tanto su personalidad, como su capacidad jurídica. La primera se identifica con el reconocimiento de la persona ante la ley, constituyéndose de esta manera en un prerequisite indispensable para la adquisición de derechos. La segunda, por su parte, es comprensiva de dos dimensiones: una estática, correspondiente a la capacidad o idoneidad para ser titular de derechos, y otra dinámica, relativa a la aptitud de los sujetos para ejercer por sí mismos estos derechos⁴⁰. La norma en comento se encarga de reconocer a las personas con discapacidad como personas desde un punto de vista jurídico, lo que implica a su vez el reconocimiento de su capacidad para ser titular de derechos y la de actuar por sí mismas en el mundo del Derecho. Esto es sumamente significativo para lo que hemos venido comentando, ya que, sin capacidad jurídica, ninguno de los derechos que asisten al consumidor con discapacidad podría ser ejercido por este. El derecho reconocido en el artículo 12° le da sentido y dota de contenido a los actos que pueda realizar el consumidor potencial de tal o cual bien o servicio. En este sentido, los autores FRANCISCO BARRIFFI y AGUSTINA PALACIOS, indican que la capacidad jurídica constituye “la puerta de acceso al ejercicio de todos los derechos”⁴¹, y “una condición *sine qua non* a los efectos del goce y ejercicio de todos los derechos, en igualdad de oportunidades”⁴².

Ahora bien, sin perjuicio de este reconocimiento, lo cierto es que, en los hechos, es muy posible que tengan lugar situaciones en que personas con discapacidad no puedan ejercitar de forma autónoma su capacidad jurídica, porque su capacidad de comprender, decidir o expresar su voluntad se encuentra limitada, sea parcial o totalmente, como ocurre en el caso de las discapacidades intelectuales más graves⁴³. Para estos y otros supuestos, el inciso tercero del artículo 12° señala que “*Los Estados Parte adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica*”.

³⁹ BARRANCO, María del Carmen, CUENCA, Patricia y RAMIRO, Miguel Ángel, *Capacidad jurídica y discapacidad: El artículo 12 de la Convención de Derechos de las Personas con Discapacidad*, en *Annuario de la Facultad de Derecho - Universidad de Alcalá* 5 (2012), p. 63.

⁴⁰ CUENCA GÓMEZ, Patricia, cit. (n. 10), p. 228.

⁴¹ BARRIFFI, Francisco, *Capacidad jurídica y capacidad de obrar de las personas con discapacidad a la luz de la Convención de la ONU*, ahora, en PÉREZ BUENO, Luis (director), *Hacia un Derecho de la Discapacidad. Estudios en homenaje al Profesor Rafael de Lorenzo* (Pamplona, Thomson Reuters Aranzadi, 2009), p. 357.

⁴² PALACIOS, Agustina, cit. (n. 14), p. 419.

⁴³ BIEL PORTERO, Israel, *Los Derechos Humanos de las Personas con discapacidad* (Valencia, Tirant lo Blanch, 2011), pp. 327-329.

Esta disposición establece la obligación de los Estados en orden a proporcionar los apoyos necesarios para que las personas en situación de discapacidad puedan tomar sus propias decisiones. Tal y como su nombre lo indica, estas medidas deben *apoyar*, y en ningún caso decidir por ellas o sustituir la propia voluntad de la persona en el ejercicio de su capacidad jurídica, respetando ante todo su autonomía. A través de esta norma, la CDPD plantea un cambio de paradigma en la forma de tratar la capacidad jurídica de este grupo humano, abogando por un modelo o sistema de apoyo, en lugar de uno de sustitución. Desde esta perspectiva, la voluntad y preferencias del individuo siempre tendrán incidencia en la decisión final que se pretenda tomar.

En un contexto como este, y siguiendo los lineamientos elaborados por el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, *apoyo* debe ser entendido como un término amplio, que engloba arreglos oficiales y oficiosos, de distintos tipos e intensidades⁴⁴, pero que siempre respeten e involucren la propia voluntad del individuo. Así, las personas en situación de discapacidad podrán elegir, por ejemplo, que un tercero en el que confíen los ayude a ejercer su capacidad jurídica respecto de determinados tipos de decisiones en relación a la adquisición de algún bien o servicio; o pueden recurrir a otras formas de apoyo, como el apoyo entre pares; la defensa de sus intereses; o la asistencia para comunicarse, entre otras muchas medidas⁴⁵. El apoyo incluso podría incluirse en los ajustes razonables que se tengan que aplicar a un caso en concreto, o en medidas relacionadas con la accesibilidad, como ocurriría si una entidad pública o privada ofreciera interpretación profesional en la lengua de señas para llevar a cabo una transacción.

Profundizando en la temática de los apoyos, el inciso cuarto de la norma se ocupa de describir las *salvaguardias* o condiciones con que debe contar todo sistema de apoyo, las cuales deben estar orientadas en todo momento a evitar posibles abusos, asegurando que las medidas de apoyo que se adopten no restrinjan el derecho reconocido en el artículo 12°. Acorde con esta norma, las salvaguardias apuntan a una serie de asuntos. En primer lugar, las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica deben respetar los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona. En segundo término, deben procurar que no se produzcan conflictos de interés ni influencia indebidas. Sumado a esto, las medidas deben ser proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, aplicándose en el plazo más corto posible. Además, se prevé que estas medidas de apoyo estén sujetas a exámenes periódicos, por parte de una autoridad u órgano judicial competente, independiente e imparcial. Por último, la norma señala que estas salvaguardias serán proporcionales al grado en que las medidas afecten a los derechos e intereses de las personas⁴⁶.

Al igual que la accesibilidad y los ajustes razonables, los apoyos y salvaguardias están para que las personas en situación de discapacidad ejerciten sus derechos y puedan celebrar actos jurídicos en condiciones de igualdad respecto de los demás integrantes de la sociedad. A esto hay que agregar que, la denegación de acceso, ajustes razonables, apoyos y salvaguardias,

⁴⁴ COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD, *Observación General Sobre el Artículo 12: Igual Reconocimiento Como Persona Ante La Ley*. CRPD/C/11/4. 11º Período de Sesiones (2014), p. 5 [visible en internet: www.convenciondiscapacidad.es/wp-content/uploads/2019/01/Observación-1-Artículo-12-Capacidad-jurídica.pdf].

⁴⁵ *Ibid.*

⁴⁶ CUENCA GÓMEZ, Patricia, cit. (n. 10), p. 246.

configurarán supuestos de discriminación por motivos de discapacidad, proscritos en virtud del artículo 5° de la CDPD.

En suma, podemos concluir que, el derecho a la accesibilidad de bienes y servicios, el derecho a la igualdad y no discriminación por motivos de discapacidad y el derecho al igual reconocimiento como persona ante la ley, junto con las medidas recién aludidas, se encuentran estrechamente unidos los unos con los otros, conformando de esta forma un estatuto base a través del cual es posible amparar a las personas con discapacidad en su faceta de consumidores. Como se ha dicho en lo que va de este trabajo, debido a la repercusión que tiene el consumo en las sociedades contemporáneas y a la particular condición de vulnerabilidad en que se halla el consumidor con discapacidad, es que estamos obligados a interpretar los preceptos de la Convención en la forma que más favorezca a este grupo humano.

II. EL CONSUMIDOR CON DISCAPACIDAD EN LA NORMATIVA Y JURISPRUDENCIA NACIONALES

1. *El consumidor con discapacidad en la Constitución Política de la República*

La Constitución chilena (en adelante CPR) no se refiere de forma expresa ni a las personas en situación de discapacidad ni a los consumidores⁴⁷. Sin perjuicio de esto, y siguiendo a Conrado Hesse, debemos entender que “[La] Constitución no es un sistema cerrado y omnicomprensivo; no contiene una codificación, sino un conjunto de principios concretos y elementos básicos del ordenamiento jurídico de la comunidad, para el que ofrece una norma marco. En este sentido, es un ordenamiento abierto”⁴⁸. Así pues, a partir de la interpretación de los preceptos constitucionales, será perfectamente posible extraer manifestaciones de la tutela de los consumidores con discapacidad.

En particular, el artículo 1°, inciso primero, de la Carta Fundamental (Capítulo I “Bases de la Institucionalidad”), mandata que todas las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos. La misma norma en su inciso cuarto establece la concepción del Estado como un ente servidor de la persona humana, orientado al bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones necesarias con el objeto de favorecer la mayor realización espiritual y material posible de los integrantes de la comunidad⁴⁹. Dicha norma resulta plenamente aplicable al tema que estamos tratando, toda vez que la CPR pone de cargo de los diversos poderes estatales, el deber de configurar un escenario idóneo para que los individuos arriben a su máxima realización, lo que incluye la supresión de las desigualdades que pudiesen afectar a los consumidores en situación de discapacidad⁵⁰. Esta idea se reitera en el inciso quinto de la disposición, el cual reconoce el deber del Estado de promover la integración armónica de todos los sectores de la Nación y el aseguramiento del derecho de las personas a participar con igualdad de

⁴⁷ En los últimos años, se han presentado distintos proyectos de reforma, a través de los cuales se ha intentado incorporar al texto constitucional, tanto a los consumidores de bienes y servicios, como a las personas en situación de discapacidad. Tales son los casos de los Boletines N° 2536-03 de 2000; N° 2936-07 de 2002; N° 7563-07 de 2011; y N° 9463-03 de 2014, en lo que respecta a los consumidores, y el Boletín N° 9276-07 de 2014, relativo a las personas con discapacidad.

⁴⁸ HESSE, Conrado, *Constitución y Derecho Constitucional*, en AA.VV, *Manual de Derecho Constitucional* (2ª edición, Madrid, Marcial Pons, 2001), p. 6.

⁴⁹ ISLER SOTO, Erika, *Derecho*, cit. (n. 30), p. 189.

⁵⁰ *Ibid.*

oportunidades en la vida nacional⁵¹, lo que claramente comprende el campo de los actos de consumo.

En este mismo orden de cosas, y teniendo presente los artículos recién mencionados, se ha dicho que por el propio Estado Social de Derecho se tiende a amparar intereses colectivos como los de los consumidores con discapacidad, así como el favorecimiento de su calidad de vida, lo que, como hemos venido diciendo, incluye el acceso a determinados bienes y servicios en condiciones adecuadas⁵². Por otro lado, acorde con el artículo 4° de la CPR, Chile es una República Democrática que, como tal, debe intervenir en los casos en que la desigualdad y el desequilibrio no pueden ser corregidas simplemente con el uso de medidas de índole económico⁵³, tal y como ocurre con las situaciones a las que se ven constantemente expuestos los integrantes de este grupo humano.

Por otro lado, a lo anterior cabe agregar lo prescrito en el artículo 5°, inciso segundo, de la CPR, norma que impone el deber del Estado y sus órganos de respetar y promover los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana garantizados por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes. En este caso, evidentemente tenemos que tener presente el contenido de la CDPD, instrumento de rango suprallegal que rige con todo su vigor dentro del ordenamiento chileno⁵⁴.

A su turno, hay que tener en cuenta que a las personas con discapacidad que actúan como consumidores, en cuanto tales, también las asiste el catálogo de derechos, garantías, libertades e igualdades contenidas en el artículo 19° de la CPR (Capítulo III “De los Derechos y Deberes Constitucionales”). En esta materia, hay que tener en consideración el mandato constitucional de igualdad ante la ley del artículo 19 N°2, el cual se traduce en el derecho subjetivo del individuo a que no se le discrimine de manera arbitraria.

En último término, podemos sumar el derecho a la protección de la salud (artículo 19 N°9) y el derecho de asociación (artículo 19 N°15). Este último tiene incidencia a propósito de las asociaciones de consumidores⁵⁵, reconocidas en la Ley N°19.496, y las organizaciones de personas con discapacidad, ampliamente admitidas, tanto en la Ley N°20.422, como en la Convención. Las referidas agrupaciones están llamadas a ejercer un papel sumamente significativo, ya que, a través de ellas, las personas en situación de discapacidad adoptarán el rol de agentes activos en su propia inclusión, siendo parte importante en la determinación de las decisiones que los vayan a afectar.

⁵¹ *Ibid*, pp. 189-190.

⁵² *Ibid*, p. 190.

⁵³ ISLER SOTO, Erika, *La constitucionalización de los derechos de los consumidores con especial referencia al ordenamiento jurídico chileno*, en *Revista Derecho GV* 10 (2014), 2, p. 566.

⁵⁴ En este punto, al igual que la autora Ximena Fuentes, entendemos que la mejor opción es darles a los tratados internacionales que versen sobre derechos fundamentales una jerarquía suprallegal pero infraconstitucional. FUENTES TORRIJO, Ximena, *El derecho internacional y el derecho interno: definitivamente una pareja dispareja*, p. 12 [visible en internet: <https://www.upg.mx/wp-content/uploads/2015/10/LIBRO-24-Derecho-Internacional-y-Derecho-Interno.pdf>].

⁵⁵ El artículo 5° de la Ley de Protección de los Derechos del Consumidor dice que se entenderá por asociación de consumidores “*la organización constituida por personas naturales o jurídicas, independientes de todo interés económico, comercial o político, cuyo objetivo sea proteger, informar y educar a los consumidores y asumir la representación y defensa de los derechos de sus afiliados y de los consumidores que así lo soliciten, todo ello con independencia de cualquier otro interés*”.

2. *El consumidor con discapacidad en la Ley N°19.496*

La Ley N°19.496 que “establece normas sobre protección de los derechos de los consumidores” (en adelante LPDC) no se encarga de regular la situación particular de los consumidores con discapacidad. Con todo, es claro que la normativa de consumo tiene un marcado carácter protector, actuando como un verdadero contrapeso respecto de las desigualdades propias de la relación que se forma entre los consumidores de bienes y servicios en el mercado y los proveedores que los ofertan. La razón de ser de las reglas de consumo estriba justamente en otorgar amparo a individuos que se encuentran en un estado de vulnerabilidad o debilidad.

En tal sentido, SERGIO BAROCELLI entiende que la vulnerabilidad corresponde a “un estado de la persona, inherente de riesgo; una situación permanente o provisoria, individual o colectiva, que fragiliza y debilita a uno de los sujetos de Derecho, desequilibrando la relación”⁵⁶. En este contexto, la vulnerabilidad no cumple una finalidad compasiva, sino que constituye una herramienta que permite evaluar la situación de los consumidores. Por otro lado, el mismo autor indica que, en el caso de las relaciones de consumo “la vulnerabilidad entre consumidores y proveedores es ‘estructural’, en tanto obedece a circunstancias sociológicas y no individuales, que busca traspasar de la idea de ‘igualdad formal’ a la de ‘igualdad de trato en igualdad de circunstancias’, en miras de grupos sometidos, excluidos o sojuzgados”⁵⁷. Debido a que esta debilidad es connatural a la condición de consumidor, es que en esta materia rige con toda su fuerza la máxima aristotélica en orden a tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales.

Ahora, la vulnerabilidad a la que hacemos alusión es una de carácter abstracto y común a todos los que participan de la calidad de consumidores⁵⁸, sin embargo, es evidente que dentro de esta categoría existen grupos que, en razón de diversos factores, se encuentran en una situación mucho más desventajada que el resto de los individuos. Precisamente, este es el caso de uno de los sectores históricamente más desfavorecidos y discriminados de la sociedad: las personas con discapacidad.

Al respecto, creemos que, a partir de la lectura de la LPDC, es posible localizar expresiones de la tutela de las personas con discapacidad, cuando estas actúan dentro de la esfera de los actos de consumo. En particular, y tal como señalamos al comienzo de este apartado, nuestro foco estará puesto en el análisis del principio pro consumidor y el derecho a la no discriminación arbitraria. Mientras que el primero no tiene consagración expresa en el texto de la LPDC, el segundo está contenido dentro de su catálogo de derechos básicos. Con todo, como se explicará a continuación, no hay dudas acerca de la plena validez general tanto de uno como de otro dentro del ordenamiento jurídico nacional.

Finalmente, en lo que concierne al ámbito de aplicación de la LPDC, es importante precisar desde ya que somos partidarios de una noción amplia de consumidor, comprensiva tanto del que contrata la adquisición de un producto o servicio –*consumidor jurídico*–, como del que, sin haber celebrado este contrato, puede utilizar el bien o servicio –*consumidor material*–. Al efecto, consideramos que esta concepción es la que mejor se aviene con la situación de las personas con

⁵⁶ BAROCELLI, Sergio Sebastián, *Hacia la construcción de la categoría de consumidores hipervulnerables*, ahora, en BAROCELLI, Sergio Sebastián (director), *Consumidores Hipervulnerables* (Buenos Aires, Editorial El Derecho, 2018), p. 11.

⁵⁷ *Ibid*, p. 12.

⁵⁸ *Ibid*, p. 21.

discapacidad, las que a causa de los distintos impedimentos que las afectan, muchas veces terminan delegando las funciones de contratación en terceros. Así pues, siguiendo a RUPERTO PINOCHET debemos entender que consumidor es “la persona física o jurídica que haya adquirido un producto o servicio, o lo use aun no habiéndolo adquirido personalmente, es decir, habiendo sido el destinatario final afectado directa o indirectamente por el acto de consumo”⁵⁹.

a) *El principio pro consumidor*

Según el autor CARLOS TAMBUSI, los principios se comportan como pautas extraídas de los fines de una rama del Derecho, que son tenidas como la esencia de ese ámbito del saber jurídico y se hallan estrechamente ligados a los derechos de las personas. Estos constituyen directivas básicas que tutelan valores políticos que se juridizan al normarse, y se presentan como pautas interpretativas del tópicico que se regula y que son parte de él, por lo que contribuyen a su autonomía como disciplina⁶⁰. Teniendo presente esto, y en razón de lo manifestado supra, es ostensible que, en el caso del Derecho del consumo, el principio predominante, y que viene a informar a todo su andamiaje, es el denominado principio pro consumidor, ideado para tutelar al consumidor, por considerarse a este como un sujeto vulnerable frente a un proveedor poderoso⁶¹.

En palabras de BAROCELLI, el referido principio tiene su razón de ser “en la situación de debilidad y vulnerabilidad estructural en que se encuentran situados los consumidores en la ‘sociedad de consumo’ y que se manifiesta en la faz informativa, técnica, económica, negocial, psicológica, biológica, de acceso a la justicia y hasta política”⁶². Sobre el particular, incluso se ha llegado a postular que el principio pro consumidor “es la contrapartida del principio de vulnerabilidad”⁶³. Por su parte, acorde con JORGE MARIO GALDÓS, este principio además se justifica en el derecho a la igualdad derivado de la dignidad humana, el cual se entiende transgredido cuando se trata de manera diversa a los iguales, o bien de manera similar a quienes se hallen en circunstancias distintas⁶⁴. En el mismo sentido, se ha dicho que el pro consumidor es derivación directa del principio *pro homine* de los derechos humanos, armonizado por el principio general del *favor debilis* o de protección de la vulnerabilidad⁶⁵.

Sumado a lo anterior, se suele decir que este principio se manifiesta en tres reglas bien definidas: (i) regla del *in dubio pro consumidor*; (ii) regla de la norma más favorable; y (iii) regla de la condición más beneficiosa⁶⁶. En primer término, la regla *in dubio pro consumidor* determina

⁵⁹ PINOCHET OLAVE, Ruperto, *El consumidor y la tercera edad ¿una tutela diferente?*, ahora, en FERRANTE, Alfredo (director), *Venta y protección del consumidor. Una visión a través del caleidoscopio latinoamericano* (Santiago, Thomson Reuters, 2019), p. 75.

⁶⁰ TAMBUSI, Carlos Eduardo, *El principio de orden público y el régimen tuitivo consumidor en el derecho argentino*, en *Lex* 18 (2016), 14, p. 66.

⁶¹ ISLER SOTO, Erika, *Derecho*, cit. (n. 30), p. 112.

⁶² BAROCELLI, Sergio Sebastián, *Los principios del derecho del consumidor como orientadores de la interpretación y aplicación en el diálogo de fuentes*, ahora, en BAROCELLI, Sergio Sebastián (coordinador), *Impactos del nuevo Código Civil y Comercial en el Derecho del Consumidor. Diálogos y perspectivas a la luz de sus principios* (Buenos Aires, Facultad de Derecho UBA, 2016), p. 23.

⁶³ VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto y ROMERA, Oscar, *Protección y defensa del consumidor: Ley 24.240 anotada y comentada* (Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1994), p. 4.

⁶⁴ GALDÓS, Jorge Mario, *El principio favor debilis en materia contractual* (Rosario, Editorial Juris, 1997), p. 38, cit. por ISLER SOTO, Erika, *Derecho*, cit. (n. 30), p. 102.

⁶⁵ BAROCELLI, Sergio Sebastián, *Principios*, cit. (n. 62), p. 22.

⁶⁶ *Ibid*, p. 23.

que, cuando una norma lleve a dos o más interpretaciones posibles, siempre deberá privilegiarse aquella que sea más provechosa para el consumidor en el caso concreto. Dicha norma puede ser de rango constitucional, legal, reglamentario o inclusive tratarse de una cláusula contractual; lo que importa es que traiga provecho para el consumidor. Por su lado, la regla de la norma más favorable establece que, en caso de colisión normativa, es decir, cuando haya más de una norma que resulte, en principio, aplicable a una situación jurídica determinada, se debe optar por aquella que sea más favorable para el consumidor, sin tener en cuenta su jerarquía, generalidad o especialidad u orden temporal. Por último, la regla de la condición más beneficiosa implica que, la aplicación de una nueva norma nunca se podrá traducir en una disminución de las condiciones más favorables en que pudiera encontrarse un consumidor. Esta situación más beneficiosa ya afianzada, en cuanto tal, no puede verse afectada por modificaciones normativas posteriores, sean estas generales o particulares⁶⁷.

Como se puede apreciar, el principio pro consumidor cumple un importante rol hermenéutico respecto de los posibles conflictos jurídicos que se puedan suscitar, constituyendo una restricción a la libertad de la parte más fuerte en la determinación de la reglamentación del vínculo, compensando de esta manera el desequilibrio existente en la relación de consumo⁶⁸. Así, este principio se erige como la directriz interpretativa más relevante en materia de consumo, en virtud de la cual, en los actos celebrados entre proveedores y consumidores, las normas jurídicas deberán aplicarse de la manera más favorable y beneficiosa a estos últimos⁶⁹.

Entonces, con toda esta información a la vista, cabe preguntarnos cuál es la vigencia del principio pro consumidor dentro del ordenamiento chileno, y cómo es que se relaciona con la tutela de los consumidores en situación de discapacidad. En relación a la primera pregunta, hay que mencionar que el legislador chileno omitió consagrar de manera explícita el aludido principio. Al afecto, a diferencia de otros cuerpos normativos en Derecho Comparado⁷⁰, la LPDC nada dice acerca de la procedencia general de un principio pro consumidor. A pesar de este defecto legislativo, lo cierto es que, tanto la doctrina como jurisprudencias nacionales, están de acuerdo en que el principio en comento rige en plenitud dentro del ámbito nacional.

Así, ERIKA ISLER, refiriéndose a la intención o espíritu de la LPDC, comenta que “tanto desde la *ratio legis* como la *ocasio legis*, aparece la tutela del consumidor como principio inspirador. En efecto, ello consta en la propia historia fidedigna de la LPDC, desde que en la etapa de discusión de la LPDC, se señaló como justificación de la irrenunciabilidad de los derechos de los consumidores, la tutela de la eficacia de los derechos de los que era titular un sujeto débil. Por otra parte, también puede desprenderse de su propia denominación, en el sentido de que la LPDC se la denominó como una normativa de ‘Protección de los Derechos de los Consumidores’⁷¹. La misma autora, agrega que “los principios –entre ellos el pro consumidor–

⁶⁷ *Ibid*, pp. 23-24.

⁶⁸ COLMAN VEGA, Luis, *La primacía de la realidad en las relaciones financieras de consumo*, ahora, en CARRASCO BLANC, Humberto (editor), *Estudios de Derecho del Consumidor* (Santiago, Rubicón, 2018), p. 177.

⁶⁹ LÓPEZ DÍAZ, Patricia, *La tutela precontractual en la Ley 19.496: su configuración, alcance y eventual convergencia con aquella propia de la contratación civil*, en *Revista Chilena de Derecho* 46 (2019), 2, p. 419.

⁷⁰ Este es el caso del Código de Protección y Defensa del Consumidor de Perú, cuyo Artículo 1° prescribe que: “El presente Código establece las normas de protección y defensa de los consumidores, instituyendo como un principio rector de la política social y económica del Estado la protección de los derechos de los consumidores, dentro del marco del artículo 65 de la Constitución Política del Perú y en un régimen de economía social de mercado, establecido en el Capítulo I del Título III, Del Régimen Económico, de la Constitución Política del Perú”.

⁷¹ ISLER SOTO, Erika, *Derecho*, cit. (n. 30), p. 134.

son anteriores al ordenamiento jurídico positivo, por lo que lo informan, de tal manera que constituyen normas, aun cuando el derecho positivo no lo exprese”⁷². A su turno, LUIS COLMAN VEGA postula que, “desde el [principio] pro homine se derivan los principios protectores, como el [principio pro consumidor]”⁷³. En último término, PATRICIA LÓPEZ, reconociendo su procedencia a partir de ciertos artículos de la LPDC, postula que el principio pro consumidor “subyace en el derecho a retracto (art. 3 bis), en la irrenunciabilidad anticipada de sus derechos (art. 4), en el derecho a no ser discriminado arbitrariamente (art. 3 c.), en la tutela de su libertad de contratación (art. 3 a), en la restricción de la libertad contractual del proveedor a través de la negativa injustificada de venta (art. 13), en la exclusión de las aceptaciones tácitas (art. 3 letra a) y 12 A), en el repudio de las cláusulas abusivas (art. 16), en la exigencia de requisitos formales para el contrato de adhesión (art. 17) y en las normas especiales de acceso a la justicia (artículos 51 a 54 G)”⁷⁴.

Por otro lado, en lo que respecta al campo jurisprudencial, el Tribunal Constitucional chileno, en la causa rol N°980 de 2007, sobre requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 43° de la LPDC, deducido por la empresa *Universal Agencia de Turismo Ltda.*, se encargó de reconocer la vigencia del principio pro consumidor en los siguientes términos:

*“[E]l denominado Derecho de Protección al Consumidor constituye una moderna rama del Derecho Privado, de clara impronta social, cuyo objeto es regular las relaciones jurídicas de consumo, entendidas por tales las que se anudan entre proveedores profesionales de bienes o servicios y los consumidores finales de tales satisfactores. Dicha normativa se funda en la constatación de las desigualdades o asimetrías presentes en la relación de consumo entre una y otra parte, principalmente traducidas en su diferente nivel de información sobre los bienes o servicios a contratar, en su dispar capacidad negocial y en las distintas dificultades que enfrentan al momento de hacer efectivos sus respectivos derechos. Por ello es que el legislador, en este ámbito de regulación, se ha orientado por un predicamento tuitivo de los intereses de la parte más débil o desfavorecida de la relación jurídica, vale decir, el consumidor, lo que imprime a esta normativa un marcado sello tutelar o protector, y de allí la denominación que ha recibido como disciplina jurídica.”*⁷⁵.

En este fallo, la magistratura constitucional nacional confirma el carácter protector de la LPDC, el cual, como sabemos, se justifica en las distintas asimetrías que se verifican en el vínculo que se forma entre los consumidores y los proveedores. En este caso, los jueces hacen hincapié en que, es a causa de esta vulnerabilidad estructural que caracteriza a los primeros, que surge el principio pro consumidor y sus distintas manifestaciones. Acorde con el Tribunal, el principio en cuestión rige a cabalidad, dándole forma y sentido al ordenamiento de consumo en su conjunto e irradiando a la totalidad de las relaciones jurídicas que vayan surgiendo entre los distintos actores del mercado de bienes y servicios.

Ahora, en lo que refiere a la segunda de las interrogantes, teniendo en cuenta todo lo dicho en esta sección, creemos que el principio pro consumidor y la idea de inclusión de las personas con discapacidad son plenamente compatibles. Al salvaguardar a la parte más débil en la relación de consumo, el referido principio no solo procura que se respeten los intereses que van envueltos

⁷² *Ibid*, pp. 137-138.

⁷³ COLMAN VEGA, Luis, cit. (n. 68), p. 177.

⁷⁴ LÓPEZ DÍAZ, Patricia, cit. (n. 69), pp. 401-402.

⁷⁵ Tribunal Constitucional, 13 de mayo de 2008 (Requerimiento de inaplicabilidad), Rol 980-2007, considerando 9°.

en toda transacción comercial, sino que también se ocupa de resguardar bienes jurídicos y valores que derivan de la propia dignidad de las personas. Al respecto, y siguiendo a TAMBUSI, entendemos que los derechos humanos y el Derecho del consumo forman parte de un mismo sistema y son interdependientes entre sí, compartiendo un fundamento común, cual es, precisamente la dignidad humana⁷⁶.

Pues bien, si consideramos el caso específico de las personas en situación de discapacidad, resulta que este carácter humanista del principio pro consumidor no solo tiene perfecto sentido, sino que además es imperativo que sea potenciado. Así, si el porqué de esta rama del Derecho estriba en brindar auxilio a personas que se encuentran en un estado de vulnerabilidad, con mayor razón se deberá poner ahínco en la protección de los derechos de grupos doblemente vulnerables. Teniendo presente la coyuntura de este colectivo, es necesario que el rol tutelar de la normativa de consumo se acentúe, reforzando sus mecanismos protectorios y maximizando la aplicación efectiva de las prerrogativas de los consumidores con discapacidad.

b) *El derecho a la no discriminación arbitraria*

Sin perjuicio de que la LPDC no se refiera expresamente a los consumidores con discapacidad, lo cierto es que, dentro de su catálogo de derechos, menciona el de “no ser discriminado arbitrariamente”. Si bien se trata de una prerrogativa que va más allá del campo de la discapacidad, igualmente puede servir en sede de consumo, como punto de inicio de la tutela de aquellos individuos que han sido lesionados en sus derechos, a causa de su condición.⁷⁷ De hecho, como tendremos ocasión de comentar más adelante, en materia jurisprudencial, la tutela de las personas con discapacidad se ha solido extraer justamente a partir de este derecho básico.

El derecho a no ser discriminado de manera arbitraria está consagrado en el artículo 3° letra c) de la LPDC y prescribe que: “*Son derechos y deberes básicos del consumidor: El no ser discriminado arbitrariamente por parte de proveedores de bienes y servicios*”. En opinión de FERNÁNDEZ FREDES, esta norma “se inscribe en una esfera que va más allá de lo meramente patrimonial o económico, pues en rigor el valor que con el mismo se tutela es la igualdad de las personas ante la ley y la dignidad esencial del ser humano”⁷⁸. Al efecto, la disposición en comento no tiene por objeto amparar la legítima expectativa del consumidor en relación a tal o cual servicio ofertado en el mercado, sino que apunta a resguardar su propia dignidad inherente⁷⁹. Como se puede apreciar, este derecho constituye uno de los principales fundamentos para incorporar en nuestro ordenamiento jurídico un estatuto tutelar que contenga normas que posibiliten la disminución de las distintas asimetrías a las que se ven expuestos los consumidores con discapacidad, permitiéndonos vincular los principios de la CDPD, las prerrogativas fundamentales constitucionales y los derechos básicos de los consumidores reconocidos en la LPDC.

En razón de lo anterior, es pertinente indicar que no toda discriminación se encuentra proscrita, sino que solo la que tenga el carácter de *arbitraria*⁸⁰. El proveedor de bienes y servicios

⁷⁶ TAMBUSI, Carlos Eduardo, *Los derechos de usuarios y consumidores son derechos humanos*, en *Lex* 13 (2014), 12, p. 96.

⁷⁷ ISLER SOTO, Erika, *Derecho*, cit. (n. 30), pp. 221-222.

⁷⁸ FERNÁNDEZ FREDES, Francisco, *Nueva Ley del Consumidor: innovaciones y limitaciones*, en *Revista Perspectivas en Política, Economía y Gestión* 1 (1998), 2, p. 117.

⁷⁹ ISLER SOTO, Erika, *Derecho*, cit. (n. 30), p. 212.

⁸⁰ Esta idea ha sido refrendada por el Tribunal Constitucional chileno en la mencionada Sentencia Rol 980-2007. En dicho fallo se indicó que: “*al establecer normas de resguardo a los derechos e intereses de los consumidores, la ley no ha incurrido en la consagración de diferencias arbitrarias, pues el diferente trato a los derechos de proveedores y consumidores se basa en las disparidades*

en el mercado sí que puede discriminar, pero la norma impide que lo haga de manera arbitraria. Por consiguiente, habrá ocasiones en que el trato desigual se encontrará perfectamente justificado, tal como ocurre, por ejemplo, con las cajas de supermercados preferenciales destinadas a personas con movilidad reducida, los asientos reservados en el transporte público, los estacionamientos exclusivos para personas con discapacidad, etc⁸¹. Esta opción para el proveedor halla su correlato en el inciso final del artículo 5° de la Convención, conforme al cual *“No se considerarán discriminatorias [...] las medidas específicas que sean necesarias para acelerar o lograr la igualdad de hecho de las personas con discapacidad”*. Como vimos en el capítulo anterior, esta norma reconoce validez a las denominadas medidas de acción positivas o discriminación inversa.

Ahora bien, el problema que presenta la norma es que esta no determina cuándo la discriminación será arbitraria o no. Sin embargo, la doctrina ha postulado que arbitrario sería aquello que no tiene una justificación en la razón⁸², o como señala CEA EGAÑA, lo que es *“desproporcionado en relación con los fines perseguidos para la consecución de un objetivo lícito y determinado”*⁸³. Por su parte, la jurisprudencia de consumo la ha identificado con la que reviste los caracteres de injustificada o caprichosa⁸⁴.

Para ERIKA ISLER, esta falta de determinación *“permitirá la adecuación de la norma al caso concreto, pudiendo ponderar el propio tribunal si en los hechos se ha incurrido en una infracción a la LPDC, así como la posible procedencia de una indemnización de perjuicios. Por otra parte, la amplitud de la expresión normativa importará que no se haga necesario reformarla cada vez que la conciencia social mude sus parámetros acerca de lo que es aceptable y lo que no lo es”*⁸⁵.

No obstante, la misma autora aconseja interpretar la norma de manera sistemática con el resto del ordenamiento jurídico, recurriendo al concepto de discriminación arbitraria contenido en la Ley N°20.609. Al respecto, en el artículo 2° de este cuerpo legal se establece que:

“Para los efectos de esta ley, se entiende por discriminación arbitraria toda distinción, exclusión o restricción que carezca de justificación razonable, efectuada por agentes del Estado o particulares, y que cause privación, perturbación o amenaza en el ejercicio legítimo de los derechos fundamentales establecidos en la Constitución Política de la República o en los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, en particular cuando se funden en motivos tales como la raza o etnia, la nacionalidad, la situación socioeconómica, el idioma, la ideología u opinión política, la religión o creencia, la sindicación o participación en organizaciones gremiales o la falta de ellas, el sexo,

objetivas que se aprecian en la situación de unos y otros, lo que no sólo no riñe con el principio constitucional de igualdad sino que lo observa consecuentemente, por cuanto el mismo exige tanto tratar de igual manera a quienes son efectivamente iguales como introducir las diferencias necesarias en el tratamiento de quienes no se encuentran en la misma situación”. Tribunal Constitucional, 13 de mayo de 2008 (Requerimiento de inaplicabilidad), Rol 980-2007, considerando 10°.

⁸¹ ISLER SOTO, Erika, *Derecho*, cit. (n. 30), p. 213.

⁸² RUIZ-TAGLE VIAL, Carlos, *Curso de Derecho Económico* (Santiago, Librotecnia, 2010), p. 313. cit. por ISLER SOTO, Erika, *Derecho*, cit. (n. 30), p. 214.

⁸³ CEA EGAÑA, José Luis, *Derecho Constitucional Chileno* (Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2004), II, p. 130, cit. por ISLER SOTO, Erika, *Derecho*, cit. (n. 30), p. 214.

⁸⁴ Tal fue el razonamiento de la magistratura nacional en los casos *Vergara Lezcano con Cines National Amusements Chile Limitada* (2° Juzgado de Policía Local de Maipú, 2 de enero de 2006, Rol 3184-2005) y *Lagos Henríquez con Hoyts Cinesmas Chile S.A.* (Corte de Apelaciones de Santiago, 9 de enero de 2001, Rol 911-2001).

⁸⁵ ISLER SOTO, Erika, *Derecho*, cit. (n. 30), p. 213.

la orientación sexual, la identidad de género, el estado civil, la edad, la filiación, la apariencia personal y la enfermedad o discapacidad”.

A partir del contenido de este artículo, se desprende que para determinar la licitud o ilicitud de la conducta del proveedor del bien o servicio, será necesario practicar un examen de razonabilidad de la discriminación que se verifique en los hechos⁸⁶.

Por último, cabe agregar que, por tratarse del instrumento internacional más trascendente en materia de discapacidad y por encontrarse ratificado por Chile y actualmente vigente, el intérprete también deberá tener a la vista el texto de la CDPD, en particular su artículo 2º, en donde se define la discriminación por motivos de discapacidad.

c) *Tres propuestas para modificar la Ley N°19.496 en materia de discapacidad*

i) *Boletín N°9220-03 de 2013*

Este primer proyecto, iniciado por moción del Senador Alejandro Navarro, pretendía modificar la LPDC en orden a regular las condiciones de contratación con las personas en situación de discapacidad visual o auditiva. Específicamente, la iniciativa buscaba agregar un nuevo artículo 17, cuyo tenor se expone a continuación:

“A las personas con notoria discapacidad visual o auditiva, o que tuvieran su respectiva identificación del Registro Nacional de Discapacidad, se les deberá comunicar las condiciones del contrato y las características del bien o servicio respectivo, mediante audios pregrabados, videos con subtítulos o lenguaje de señas, o ambos, o cualquier otro medio idóneo y efectivo, que garantice la entrega de información o una oferta completa, comprensible y detallada para el consumidor. Los consumidores podrán pedir que el proveedor les entregue copias de tales medios, en formatos de uso común, y en soportes de costo de este último para posibilitar su mejor comprensión. Con todo, los videos y audios deberán estar disponibles en internet para tales usuarios”.

A pesar de que su texto no lo señale, es claro que esta iniciativa contempla la aplicación de ajustes razonables o *necesarios*⁸⁷. Así pues, la norma, colmando una falta de regulación evidente en el trato legal de los consumidores en situación de discapacidad, impone a los proveedores el deber de incorporar mecanismos tecnológico *ad hoc* que garanticen las condiciones adecuadas para celebrar válidamente un contrato de consumo, asegurando que los consumidores con discapacidad visual o auditiva comprendan correctamente la oferta formulada, las cláusulas contractuales y la información relativa a los bienes y servicios ofrecidos.

La implementación de esta clase de norma en el sistema de consumo chileno nos parece sumamente positiva, ya que, además de consagrar explícitamente la figura de un consumidor cuya vulnerabilidad se ve acentuada, contribuye a eliminar las diversas barreras que impiden la plena inclusión y participación de este colectivo en el mercado de bienes y servicios en condiciones de igualdad en relación con los demás consumidores. En tal sentido, es preciso recordar que el establecimiento de reglas especiales en favor de determinados grupos es

⁸⁶ *Ibid*, p. 214.

⁸⁷ Esta última es la denominación que utiliza el legislador nacional en la Ley N° 20.422. Dicha norma dispone que: *“Los ajustes necesarios son las medidas de adecuación del ambiente físico, social y de actitud a las carencias específicas de las personas con discapacidad que, de forma eficaz y práctica y sin que suponga una carga desproporcionada, faciliten la accesibilidad o participación de una persona con discapacidad en igualdad de condiciones que el resto de los ciudadanos”.*

perfectamente factible (y por lo demás deseable), toda vez que, como sabemos, en el Derecho del consumo rige el principio de tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales. En el caso de los consumidores con discapacidad visual o auditiva, este trato diferenciado está absolutamente justificado, a propósito de la doble vulnerabilidad en que se hallan.

Lamentablemente, y pese a todo lo que acabamos de destacar, el proyecto en cuestión no prosperó y finalmente fue archivado el año 2015.

ii) Boletín N° 10650-03 de 2016

Una segunda iniciativa de reforma fue la promovida por la diputada Claudia Nogueira, mediante la cual se quería añadir un nuevo artículo 15 bis a la LPDC. La referida norma prescribe la siguiente obligación para los proveedores de bienes y servicios:

“En todo caso las entidades oferentes de bienes y servicios cuyos actos son regulados en esta ley, deberán incorporar mecanismos de atención diferenciada para personas con discapacidad auditiva consistente en un sistema de videoconferencia en que se emplee el lenguaje de señas u otro mecanismo de comunicación.

La obligación descrita [...] deberá cumplirse en un plazo no superior a 2 años contados desde la publicación de esta ley”.

Al igual que en el caso anterior, este precepto reconoce expresamente la existencia de consumidores especialmente vulnerables, exigiendo la aplicación de ajustes razonables o necesarios por parte de los proveedores en pos de alcanzar la plena inclusión de estos individuos, pero restringe su eficacia solo para los consumidores con discapacidad auditiva. Sumado a esto, el proyecto tiene la particularidad de que fija un tiempo prudente para que los proveedores puedan incorporar estas medidas, lo que a nuestro juicio es de toda lógica si tenemos en cuenta los costos que suponen llevar a cabo estos ajustes de manera adecuada.

En la actualidad, el proyecto de ley se encuentra en el estado de primer trámite constitucional, sin embargo, la fecha de su última tramitación data del año 2016.

iii) Boletín N°12657-18 de 2019

La tercera y más reciente iniciativa de reforma legal fue promovida por la diputada Francesca Muñoz, por medio de la cual se buscaba agregar un nuevo artículo 13 bis a la LPDC, cuyo texto procedemos a revisar: *“Los proveedores de bienes y servicios que mantengan locales físicos de atención al público, deberán contar con un sistema de atención preferencial para adultos mayores y personas con discapacidad”.*

A diferencia de los precedentes, este proyecto no se relaciona con los ajustes razonables o necesarios, sino que corresponde más bien a una obligación asociada con el derecho a la accesibilidad⁸⁸. Con todo, lo sobresaliente de la norma es que esta no solo da cuenta de las personas con discapacidad como grupo digno de una tutela especial por parte del ordenamiento

⁸⁸ Como corolario de los mandatos de la CDPD, el artículo 8° de la Ley N°20.422 dispone que: *“Se entiende por exigencias de accesibilidad, los requisitos que deben cumplir los bienes, entornos, productos, servicios y procedimientos, así como las condiciones de no discriminación en normas, criterios y prácticas, con arreglo al principio de accesibilidad universal”.*

de consumo, sino que engloba dentro de esta misma categoría a los adultos mayores⁸⁹. Así las cosas, la iniciativa va más allá de la esfera de la discapacidad, pero se sigue manteniendo en el campo de los consumidores particularmente vulnerables.

A día de hoy, y al igual que el caso anterior, el proyecto en comento aún se mantiene en su cámara de origen y su última tramitación se remonta al mes de octubre del año 2019. En lo que respecta a estas iniciativas, esperamos que no ocurra lo mismo que en el primer intento de reforma y que nuestros parlamentarios continúen produciendo proyectos de ley que aboguen por el reconocimiento y protección de los consumidores en situación de discapacidad en la LPDC.

3. *Jurisprudencia nacional referida a consumidores con discapacidad*

a) *Sernac con Restaurant Budapest*

Este caso tuvo su origen cuando un grupo de jóvenes de la compañía de teatro *Laboratorio de Sueños*, compuesto por personas con síndrome de Down, concurren al local *Restaurant Budapest* para pasar un tiempo de esparcimiento. Al momento de solicitar atención de los funcionarios del establecimiento, estos les pidieron que acreditasen su mayoría de edad, fundados en que como el restaurante tenía patente de bar, correspondía exigir esta identificación a personas que aparentasen tener menos de dieciocho años, tal y como lo dispone el artículo 29 de la Ley N°19.925 “sobre expendio y consumo de bebidas alcohólicas”. Ante esta situación, los jóvenes explicaron que todos eran mayores de edad y que solo pretendían comer y tomar bebidas no alcohólicas, entendiendo que la exigencia no era procedente. Ahora, ocurrió que al no poder exhibir todos ellos su cédula de identidad, finalmente se les negó el acceso al recinto y, en consecuencia, a la prestación del servicio.

Al respecto, tanto el Tribunal de primera instancia, como el de Alzada rechazaron la acción interpuesta por el Servicio Nacional del Consumidor (en adelante SERNAC), que acudió en representación del grupo –la que incluso fue calificada de temeraria por la Corte de Apelaciones de Santiago–, considerando que la denegación de la contratación se encontraba justificada, a propósito de lo dispuesto en la Ley de Alcoholes.

Sin embargo, dicha decisión fue revertida por la Corte Suprema, la cual, luego de rechazar el recurso de queja interpuesto por el SERNAC, y haciendo uso de sus facultades privativas, declaró la responsabilidad de la denunciada. En efecto, el Máximo Tribunal constató que esta, además de la patente de alcoholes, tenía otra correspondiente a restaurante diurno, nocturno y comercial, siendo su giro principal expendir alimentos y bebidas no alcohólicas, de manera que, aun cuando se partiera de la base de que los integrantes de la compañía de teatro aparentaban ser menores de edad, igualmente correspondía atenderlos y no negarles la prestación del servicio. En este sentido, la Suprema indicó:

“Que el proceder que correspondía asumir a los administradores y dependientes del local denunciado era preguntar previamente a los interesados lo que deseaban adquirir; en caso que estos indicaran que apetecían la adquisición de un producto alimenticio o refresco no alcohólico, suministrar tales bienes y, en

⁸⁹ Para el autor Ruperto Pinochet, el consumidor de la tercera edad no solo está protegido por la LPDC, sino que también por la Convención Interamericana sobre Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores. PINOCHET OLAVE, Ruperto, *Consumidor*, cit. (n. 59), pp. 65-73.

*caso de que el cliente señalara su intención de consumir alcohol aplicar el mecanismo de prevención contemplado por la Ley del Ramo, fiscalizando si concurrían con sus padres, y sólo en caso de negativa, rechazar la venta del producto y la atención del consumidor, pero la situación fáctica acreditada en el proceso en ningún caso justificaba la reacción desplegada por los empleados de la demandada, ya que se le manifestó en todo momento, por las encargadas del grupo que los integrantes de la Compañía de Teatro eran en su totalidad mayores de edad y que sólo requerían la venta de comestibles y bebidas no alcohólicas, por lo que sólo corresponde calificar ese actuar como una negativa a la prestación de una venta o consumo, como asimismo, una discriminación arbitraria que se gestó desde el momento mismo que los usuarios se aprestaban a ocupar las mesas para ser atendidos, sin lograr su objetivo”.*⁹⁰

Como se puede apreciar, el fallo se funda en la transgresión del ya estudiado derecho a la no discriminación arbitraria del artículo 3° de la LPDC, pero asociado a la negativa a la venta o la prestación de un servicio del artículo 13° de la misma ley⁹¹. En opinión de ERIKA ISLER, esta norma, “junto con consagrar la obligatoriedad de la oferta en materia de consumo, restringe fuertemente la autonomía de la voluntad del proveedor, quien se encuentra conminado a contratar una vez que ha sido requerido por el consumidor, salvo que tenga alguna razón que justifique su negativa”⁹². Pues bien, en este caso que estamos comentando, el actuar de los empleados de la denunciada, al negarles sus servicios a los consumidores, fue derechamente discriminatorio e injustificado, configurando una evidente hipótesis de discriminación por motivos de discapacidad.

b) *Flores Soria con Casino Enjoy Antofagasta*

Una segunda causa relevante en esta materia es la denominada *Flores Soria con Casino Enjoy Antofagasta*. En este caso, el gerente del Casino Enjoy Antofagasta conminó a una madre con su hija mayor de edad y con síndrome de Down, a retirarse de la sala de juegos del casino, basado en que el artículo 9 letra b) de la Ley N°19.995, prohíbe el acceso o permanencia en estos recintos, entre otros sujetos, a los privados de razón, asimilando este supuesto con la condición de la persona con síndrome de Down.

A causa de lo anterior, la madre decidió denunciar esta situación interponiendo la pertinente acción ante el Tribunal de primera instancia, el cual decidió rechazarla por falta de legitimación activa. Posteriormente, esta sentencia fue enmendada por la Corte de Apelaciones de Antofagasta, entendiendo que tanto la madre como la hija tenían la calidad de consumidoras, lo que se traduce en que ambas eran legitimadas activas de la acción. La misma Corte, muy acertadamente, agrega:

“Que fluye de los antecedentes de autos, que doña P.O.F., hija de los denunciados, no se encuentra en ninguna de las situaciones descritas en la disposición legal reseñada, sólo se acreditó que padece del síndrome de Down, lo que en ningún caso puede considerarse —ni aun por los legos— privación de razón. Así lo reconoce la propia demandada, en su escrito de contestación, al señalar que dicho síndrome obedece

⁹⁰ Corte Suprema, 15 de julio de 2009 (Recurso de Queja), Rol 6.838-2008, considerando 13°.

⁹¹ El artículo 13° de la Ley de Protección de los Derechos del Consumidor, mandata que: “los proveedores no podrán negar injustificadamente la venta de bienes o la prestación de servicios comprendidos en sus respectivos giros en las condiciones ofrecidas”.

⁹² ISLER SOTO, Erika, *Derecho*, cit. (n. 30), p. 215.

*a un trastorno genético. Si bien es efectivo que las personas que lo padecen, sufren de un cierto grado de discapacidad intelectual, la ciencia ha determinado que no están privadas de la razón [...]*⁹³.

El razonamiento del tribunal de segunda instancia nos parece correcto, ya que deja bien en claro que no existe identificación entre el síndrome de Down y la privación de razón. Si bien es cierto que esta condición implica una discapacidad de tipo intelectual, esto no quiere significar en caso alguno que estemos ante una hipótesis de incapacidad de ejercicio de carácter absoluto.

Por otro lado, el Tribunal de Alzada, refiriéndose a la normativa infringida por la denunciada, expresó lo siguiente:

“Que conforme con lo dispuesto en el artículo 23 de la Ley 19.496 comete infracción a las disposiciones de la presente ley, el proveedor que en la venta de un bien o en la prestación de un servicio, actuando con negligencia causa menoscabo al consumidor debido a fallas o deficiencias en la calidad, cantidad, identidad, sustancia, procedencia, seguridad, peso o medida del respectivo bien o servicio.

Por su parte, el artículo 3° de citada ley, dispone: ‘son derechos y deberes básicos del consumidor: c) El no ser discriminado arbitrariamente por parte de proveedores de bienes y servicios...’

Que del hecho de autos, que por lo demás no ha sido discutido por la demandada, junto a la prueba rendida, apreciada de acuerdo a las reglas de la sana crítica, es dable establecer que esta aparece actuando con negligencia en la prestación del servicio que debía ofrecer a la señora Flores Soria, como es, que jugara junto a su hija en las salas respectivas del casino. Infringiendo a su vez, su derecho a no ser discriminada arbitrariamente, [de lo] que es posible inferir, que la consumidora ha sufrido un menoscabo debido a la deficiencia en la calidad del servicio brindado por la demandada”⁹⁴.

La Corte de Antofagasta, al igual que en el caso anterior, estimó que en la especie se había cometido un acto de discriminación arbitraria, pero esta vez los jueces no lo relacionaron con la negativa injustificada del artículo 13° de la LPDC (ya que el servicio sí se alcanzó a prestar), sino que con lo prescrito en el artículo 23° del mismo cuerpo legal. Dicha norma contempla una sanción de tipo infraccional a los proveedores que se comporten de manera negligente, causando menoscabos a la persona del consumidor a causa de la deficiencia en la calidad del servicio prestado. En los hechos, la negligencia del gerente del casino fue notoria, constituyendo un acto discriminatorio y una verdadera afrenta a la dignidad de ambas consumidoras.

c) *Sernac y Sepúlveda Bravo con Sociedad Kamel Ltda.*

En este tercer caso, una mujer con discapacidad física que se movilizaba en silla de ruedas entró a una tienda de tipo autoservicio, siendo detenida por una de sus trabajadoras, la cual le advirtió que los pasillos del local eran muy estrechos para que ella pudiera acceder, y que los dueños del mismo habían dado instrucciones en orden a no dejar entrar a personas en esta situación. A pesar de esto, la persona entró al lugar, pero dadas las dificultades con que se topó, tuvo que retirarse sin poder hacer las compras que tenía previstas. A causa de lo anterior, la mujer decidió hacer una denuncia ante el SERNAC e interponer una demanda civil en contra de

⁹³ Corte de Apelaciones de Antofagasta, 9 de enero de 2010 (Recurso de Apelación), Rol 90-2009, considerando 6°.

⁹⁴ Corte de Apelaciones de Antofagasta, 9 de enero de 2010 (Recurso de Apelación), Rol 90-2009, considerandos 10° y 11°.

la *Sociedad Kamel Ltda.*, empresa propietaria del establecimiento, escalando el asunto hasta llegar al conocimiento de la Corte de Apelaciones de Arica.

El referido Tribunal, previa inspección del local comercial, constató que ciertamente los pasillos no permitían el desplazamiento de sillas de ruedas. Al respecto, los jueces de segunda instancia concluyeron:

“[Que] dicho local no cuenta con la infraestructura necesaria para que una persona [con discapacidad] –sea que se desplace en silla de ruedas, o bien con un perro de asistencia en el caso de un no vidente–, pueda ser efectivamente un consumidor y adquirir productos que se ofrezcan a la venta”⁹⁵.

En este mismo orden de ideas, la Corte dotó de sustento jurídico a su argumentación, refiriéndose de manera expresa a dos artículos claves de la CDPD; tratado que, como hemos dicho, rige con todo su vigor dentro del ordenamiento jurídico nacional, y que incluso tiene rango suprallegal. Al efecto, los magistrados señalaron:

“Que, el artículo 2° del Decreto Supremo N°201 del Ministerio de Relaciones Exteriores de Chile, publicado en el Diario Oficial con fecha 25 de agosto del año 2008, que promulga la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su protocolo facultativo, define a la discriminación por motivos de discapacidad [como] cualquier distinción, exclusión o restricción por motivos de discapacidad que tenga el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en los ámbitos político, económico, social, cultural, civil o de otro tipo.

Que, en su artículo 9.1 dispone que a fin de que las personas con discapacidad puedan vivir en forma independiente y participar plenamente en todos los aspectos de la vida, los Estados Parte adoptarán medidas pertinentes para asegurar el acceso de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, al entorno físico, el transporte, la información y las comunicaciones, incluidos los sistemas y las tecnologías de la información y las comunicaciones, y a otros servicios e instalaciones abiertos al público o de uso público, tanto en zonas urbanas como rurales”⁹⁶.

A diferencia de los casos precedentes, en este fallo la Corte de Arica innovó enormemente en el tratamiento de la discapacidad y el Derecho del consumo, invocando directamente las disposiciones de la CDPD. La importancia de esta sentencia estriba en que integró la normativa internacional tutelar de las personas con discapacidad al sistema de protección de los derechos de los consumidores, abriendo el camino para que la magistratura chilena amplíe su espectro normativo y empiece a tomar en consideración los preceptos del instrumento internacional más relevante en esta materia.

Específicamente, esta recogió la figura del derecho a la accesibilidad universal de bienes y servicios y la obligación correlativa de llevar a cabo las medidas necesarias para hacer efectiva esta prerrogativa, consagrada en el artículo 9° de la CDPD, asociando su incumplimiento con el concepto de discriminación por motivos de discapacidad del artículo 2° del mismo cuerpo normativo. En tal sentido, los jueces razonaron que el acto discriminatorio consistió justamente en la ausencia de accesibilidad del recinto comercial, lo cual nos parece acertado, habida cuenta de los términos amplios en que se encuentra redactada la norma que define la discriminación

⁹⁵ Corte de Apelaciones de Arica, 26 de mayo de 2010 (Recurso de Apelación), Rol 19-2010, considerando 13°.

⁹⁶ Corte de Apelaciones de Arica, 26 de mayo de 2010 (Recurso de Apelación), Rol 19-2010, considerando 14°.

por motivos de discapacidad y teniendo siempre presente que las obligaciones que emanan del Tratado no solo están dirigidas al Estado, sino que también a los particulares.

Ahora bien, y sin perjuicio de que esta resolución implicó un importante avance en la protección de los derechos de los consumidores en situación de discapacidad y en el cumplimiento del Estado de Chile en cuanto a la aplicación de la CDPD, lo cierto es que el Tribunal soslayó mencionar una norma que habría enriquecido aún más el debate jurisprudencial: el artículo 5° de la Convención, relativo al derecho a la igualdad y no discriminación. En efecto, si bien la Corte citó la definición del artículo 2°, esta omitió cualquier alusión al derecho subjetivo a la igualdad y no discriminación que asiste a las personas en situación de discapacidad, obviando de este modo los elementos que le dan forma al concepto antedicho y las obligaciones que se desprenden de su texto. Como se habrá advertido de la lectura del primer capítulo, entre los derechos reconocidos en el Tratado Internacional existe una genuina interdependencia e interconexión, estructurando un estatuto protector integral de los derechos de este colectivo, de manera que nos resulta extraño que los jueces solo hayan considerado la definición de discriminación por motivos de discapacidad y el derecho a la accesibilidad, y no el derecho del artículo 5°. Así pues, la justiciabilidad de este derecho continúa como una de las asignaturas pendientes en lo que concierne al amparo de los consumidores con discapacidad.

Sumado a lo anterior, el Tribunal de Alzada de Arica concluyó que en los hechos también se habían transgredidas normas de la LPDC. Sobre el particular, los sentenciadores se pronunciaron de la siguiente forma:

“Que, conforme [a la] Ley N°19.496 los proveedores no podrán negar injustificadamente la venta de bienes o la prestación de servicios comprendidos en sus respectivos giros en las condiciones ofrecidas, lo que lleva a concluir que la conducta de la denunciada, al no tener adaptado el local para el acceso de los minusválidos⁹⁷, [...] ha negado indirectamente la venta de los mismos en la forma como se ha venido señalando.

Que, de los hechos establecidos en esta causa, junto a la prueba rendida, apreciada de acuerdo a las reglas de la sana crítica, es dable establecer que la exclusión que se ha manifestado en la negativa a la venta de los productos ofrecidos al público en general, por la secuencia de los hechos, afecta a la discapacidad de la demandante, al impedirle ejercer su derecho a comprar como cualquier consumidor los productos ofrecidos en el local de la Sociedad Kamel Ltda., infringiendo su derecho a no ser discriminada arbitrariamente [...].”⁹⁸

Al igual que en los dos casos anteriores, la Corte fundó su sentencia en el derecho de los consumidores a no ser discriminados arbitrariamente por los proveedores, y en la negativa injustificada en la venta de bienes o la prestación de servicios. Al margen de su significativa contribución en la evolución de este campo, el fallo en comento refrenda un criterio jurisprudencial que, sin ser uniforme, sí que denota cierta predilección a la hora de buscar fundamentos jurídicos para la construcción de sus argumentos. Así, en los tres casos que hemos examinado, la tutela de los consumidores en situación de discapacidad ha sido extraída del derecho básico del artículo 3° letra c), pero conjugado con distintas disposiciones de la LPDC. Al respecto, creemos que si se quiere continuar avanzando, es indispensable que los tribunales

⁹⁷ La sentencia debió haber empleado el término *personas en situación de discapacidad* o *personas con discapacidad*.

⁹⁸ Corte de Apelaciones de Arica, 26 de mayo de 2010 (Recurso de Apelación), Rol 19-2010, considerandos 18° y 19°.

nacionales amplíen su abanico de posibilidades y orienten sus decisiones teniendo en cuenta no solo la legislación nacional sino que también la internacional, especialmente la CDPD.

III. CONSTRUCCIÓN DOGMÁTICA Y NORMATIVA DE LA FIGURA DEL CONSUMIDOR HIPERVULNERABLE

1. *Nociones generales acerca de la vulnerabilidad e hipervulnerabilidad*

Tal y como indicamos supra, el Derecho del consumo se ha estructurado en torno a la protección de sujetos identificados como débiles o vulnerables. Al efecto, la autora SANDRA FRUSTAGLI señala que, en sus comienzos, esta rama del Derecho persiguió “el restablecimiento de la igualdad y libertad contractual en aquellos sectores del Derecho patrimonial donde aquellas se mostraban afectadas por el modo en que se desenvolvían en el mercado las relaciones entre los proveedores de bienes y servicios y sus destinatarios finales. La comprensión sistemática del tema obliga a considerarlo como un capítulo específico de la más amplia problemática de la tutela de la debilidad jurídica, que ha merecido atención del Derecho desde épocas lejanas”⁹⁹. En este mismo orden de cosas, MARÍA CONSTANZA GARZINO dice que “La noción de consumidor –y su especial protección– se fundamentan en la vulnerabilidad o debilidad estructural de éste frente al proveedor en el mercado, lo que impuso la necesidad de equilibrar a las partes de la relación de consumo mediante normas y principios positivos que se nuclean bajo el denominado ‘Derecho del Consumidor’”¹⁰⁰. En suma, el carácter tutelar de esta disciplina jurídica se cimenta en la necesidad de proteger los legítimos intereses de los consumidores que, siendo sujetos legos que actúan aisladamente en el mercado, se encuentran objetivamente en una situación de inferioridad estructural respecto de los proveedores¹⁰¹.

Esta desigualdad que existe entre consumidores y proveedores se debe a que en las operaciones de consumo que estos celebran se suscitan un importante número de irregularidades, que van desde la asimetría de información –sobre todo en lo que refiere a los aspectos técnicos de la transacción y a la utilidad y calidad de los productos o servicios–, hasta la evidente diferencia en la capacidad para negociar los términos y condiciones del acto de consumo. Pues bien, estas desigualdades materiales inherentes a la relación de consumo son corregidas mediante desigualdades jurídicas que buscan evitar que se produzca una falta de proporcionalidad en las prestaciones que surgen de la misma, inclinando el Derecho para el lado contrario de la realidad, lo cual converge en la formulación del Derecho del consumo como un ordenamiento tuitivo o protectorio¹⁰².

Sin perjuicio de lo anterior, hay autores que postulan que este rasgo protectorio de la normativa de consumo no solo se justifica en el estado de vulnerabilidad del consumidor, sino que también en razones de índole económica. Profundizando sobre esta idea, LÓPEZ SANTA

⁹⁹ FRUSTAGLI, Sandra, *La tutela del consumidor hipervulnerable en el Derecho argentino*, p. 1 [visible en internet: <https://rephip.unr.edu.ar/xmlui/handle/2133/14486>].

¹⁰⁰ GARZINO, María Constanza, *La protección del consumidor hipervulnerable a través del “diálogo de fuentes” y la necesidad de una previsión equilibrada*. XVII Congreso Argentino de Derecho del Consumidor. II Encuentro de Profesores de Derecho del Consumidor. Comisión 1: consumidores hipervulnerables, p. 1 [visible en internet: <https://www.derechouns.com.ar/wp-content/uploads/2018/05/01-Garzino-Consumidores-hipervulnerables.pdf>].

¹⁰¹ FERNÁNDEZ FREDES, Francisco, *Manual de Derecho Chileno de Protección del Consumidor* (Santiago, LexisNexis, 2003), p. 3.

¹⁰² TAMBUSI, Carlos Eduardo, *Derechos*, cit. (n. 76), p. 94.

MARÍA explica que “a los usuarios no se trata de defenderlos exclusivamente por motivos de orden público social, vale decir en razón de que sean, por lo general, mucho más débiles que los predisponentes. No, menester es promocionarlos por razones de orden público económico, ya que el mercado carece de genuino destino, y de legitimidad, si es adulterado o distorsionado, si los productores, oferentes de las condiciones generales de la contratación, adoptan comportamientos ventajistas”¹⁰³. Por su lado, siguiendo esta misma línea de pensamiento, ERIKA ISLER plantea que el Derecho del consumo “no sólo tiene por objeto tutelar a un individuo vulnerable, sino que también contribuir al desarrollo de una sana economía, en la cual proveedores y consumidores puedan interactuar en un mercado que, en la medida de lo posible funcione de acuerdo a la eficiencia, pero también [a] la buena fe”¹⁰⁴.

Ahora bien, aun cuando esta segunda mirada aporte mucho en la comprensión del consumo como fenómeno económico, lo cierto es que el examen de las distintas reglas y principios que componen el estatuto de consumo nos permite concluir que la intención del legislador al regular estas materias era la de otorgar amparo a personas vulnerables, más que la de velar por el correcto funcionamiento del sistema económico imperante. Al respecto, el espíritu de la LPDC consiste precisamente en dar una protección idónea al consumidor en tanto parte débil de la relación jurídica que se forma con los proveedores de bienes y servicios¹⁰⁵, evitando que estos últimos ejecuten abusos que puedan devenir de la posición de privilegio que detentan¹⁰⁶. A fin de cuentas, es la tutela de las personas desventajadas lo que constituye la esencia de esta rama del Derecho.

A pesar de que esta debilidad sea el factor determinante en la protección de todos los consumidores¹⁰⁷, en los hechos podemos verificar que, dentro de los mismos, existen algunos individuos que, por diversas razones, presentan una vulnerabilidad mayor que los demás. En este sentido, FRUSTAGLI comenta que “La compleja realidad social al hilo de la cual se desenvuelve el Derecho del consumo ha puesto en evidencia la existencia de grupos de consumidores que exhiben niveles de vulnerabilidad agravados por condiciones peculiares inherentes a la persona concreta o bien a la especial situación en la cual se encuentran”¹⁰⁸.

Esta clase de consumidor ha sido estudiada por la doctrina comparada bajo una serie de denominaciones: *consumidor vulnerable*, *infraconsumidor*, *subconsumidor* o *consumidor hipervulnerable*¹⁰⁹. Sobre el particular, consideramos que la primera expresión no resulta adecuada y es más bien tautológica ya que, como revisamos, la vulnerabilidad es connatural a la condición de consumidor. Por su parte, los conceptos de infraconsumidor y subconsumidor tampoco parecen ser los correctos, ya que están restringidos a supuestos específicos de pobreza y exclusión

¹⁰³ LÓPEZ SANTA MARÍA, Jorge, *Cláusulas contractuales abusivas y Derecho del Consumidor*, en *Instituciones Modernas del Derecho Civil. Homenaje al profesor Fernando Fneyo Laneri* (Santiago, Editorial Jurídica Conosur Ltda., 1996), p. 443, cit. por ISLER SOTO, Erika, *Derecho*, cit. (n. 30), pp. 95-96.

¹⁰⁴ ISLER SOTO, Erika, *Derecho*, cit. (n. 30), p. 96.

¹⁰⁵ MOMBERG URIBE, Rodrigo, *Artículo 1° N° 1*, ahora, en DE LA MAZA GAZMURI, Iñigo - PIZARRO WILSON, Carlos (editores); BARRIENTOS, Francisca (coordinadora), *La Protección de los Derechos de los Consumidores. Comentario a la Ley de Protección a los derechos de los consumidores* (Santiago, Thomson Reuters, 2013), p. 6.

¹⁰⁶ PINOCHET OLAVE, Ruperto, *Artículo 12 A*, ahora, en DE LA MAZA GAZMURI, Iñigo - PIZARRO WILSON, Carlos (editores); BARRIENTOS, Francisca (coordinadora), *La Protección de los Derechos de los Consumidores. Comentario a la Ley de Protección a los derechos de los consumidores* (Santiago, Thomson Reuters, 2013), p. 268.

¹⁰⁷ BAROCELLI, Sergio Sebastián, *Construcción*, cit. (n. 56), p. 12.

¹⁰⁸ FRUSTAGLI, Sandra, cit. (n. 99), p. 3.

¹⁰⁹ BAROCELLI, Sergio Sebastián, *Construcción*, cit. (n. 56), p. 16.

social¹¹⁰. Así las cosas, estimamos que el término más preciso para referirse a este colectivo es el de consumidores hipervulnerables, categoría que, en palabras de SERGIO BAROCELLI, corresponde a “aquellos consumidores a los que a la vulnerabilidad estructural de ser consumidores se le suma otra vulnerabilidad, vinculada a su edad, condición psicofísica, de género, socioeconómica o cultural o a otras circunstancias permanentes o transitorias”¹¹¹.

Acorde con el mismo autor, esta “no se trata de una categoría *per se* o permanente, sino de unas condiciones de vulnerabilidad que se fundamentan en las circunstancias sociales y culturales en que en un tiempo y lugar determinado las personas pertenecientes a determinado grupo reciben, por integrarlo, así como también reciben determinado trato, consideración o prejuicio. Así, no cobran relevancia solo los criterios psíquico-biológicos o ‘factores internos’ sino también factores sociales y culturales o ‘factores externos’. Son esas condiciones, y no un carácter intrínseco, las que los sitúan en desigualdad de oportunidades frente a los demás y limitan o impiden el pleno ejercicio de sus derechos”¹¹².

Como se puede apreciar, esta es una figura amplia, que comprende no solo a las personas con discapacidad, sino que también a otros sectores desfavorecidos de la sociedad. Así pues, cabría agregar también a los niños, niñas y adolescentes, las mujeres, los adultos mayores, los turistas, los migrantes, los enfermos, los analfabetos, las personas con necesidades alimentarias especiales, los consumidores electrónicos, los pueblos indígenas, las personas pertenecientes a minorías religiosas, las personas que conforman el colectivo LGBT, las personas en situación de pobreza, las personas que habitan zonas rurales o desfavorables, los consumidores frente a contratos de desarrollo inmobiliario, entre otros¹¹³.

Dicho elenco de personas muestra que, mientras la protección a los consumidores se fundamenta en una vulnerabilidad de tipo estructural, la tutela de los consumidores hipervulnerables busca traspasar la nota de debilidad estándar, para ahondar en circunstancias particulares que resultan coyunturales, provisionales o definitivas, inherentes a la persona o externas a ella, y que acentúan la fragilidad propia de todo consumidor. En este caso, la vulnerabilidad endógena de los consumidores confluye con otra, circunstancial, que la torna aún más endeble y que, en consecuencia, obliga a potenciar los mecanismos protectorios que los asisten¹¹⁴.

Es esta doble vulnerabilidad que caracteriza a estos individuos la que los hace merecedores de una protección particular por parte del Derecho del consumo. Como tendremos ocasión de desarrollar en la parte final de este capítulo, el catalogar a un consumidor como hipervulnerable implica una serie de obligaciones para el aparato estatal, en orden a potenciar las medidas adecuadas para visibilizar sus problemáticas, garantizar sus derechos y defender sus intereses con justicia y equidad¹¹⁵.

2. Tratamiento de la figura en el Derecho Comparado

¹¹⁰ *Ibid*, p. 17.

¹¹¹ *Ibid*, p. 16.

¹¹² *Ibid*, p. 26.

¹¹³ *Ibid*, pp. 7-28.

¹¹⁴ FRUSTAGLI, Sandra, cit. (n. 99), p. 4.

¹¹⁵ BAROCELLI, Sergio Sebastián, *Construcción*, cit. (n. 56), p. 32.

La cuestión de las vulnerabilidades acentuadas en el campo del consumo ha sido abordada de diferentes formas en el Derecho Comparado. Debido a las similitudes que existen con la realidad nacional, hemos optado por enfocarnos únicamente en legislaciones de América Latina, de manera que no examinaremos la normativa de los países de la Comunidad Europea o de Norteamérica, ya que, en lo que refiere al nivel de desarrollo que hay sobre la materia, Chile está muy lejos de poder asimilarse a dichos ordenamientos.

Así, en primer término, resalta la legislación de Argentina, la cual ha incorporado recientemente la figura del consumidor hipervulnerable a su normativa interna. En efecto, a mediados del presente año, mediante la Resolución N° 139/2020, la Secretaría de Comercio Interior dependiente del Ministerio de Desarrollo Productivo de la Nación, dispuso en su artículo 1°:

“[A] los fines de lo prescrito en el Artículo 1° de la Ley N°24.240 se consideran consumidores hipervulnerables, a aquellos consumidores que sean personas humanas y que se encuentren en otras situaciones de vulnerabilidad en razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, que provoquen especiales dificultades para ejercer con plenitud sus derechos como consumidores”.

Y agrega la norma:

“Asimismo, podrán ser considerados consumidores hipervulnerables las personas jurídicas sin fines de lucro que orienten sus objetos sociales a los colectivos comprendidos en el presente artículo”.

La referida resolución plantea un concepto amplio que, al igual que la definición de consumidor del artículo 1° N°1 de nuestra LPDC¹¹⁶, incluye tanto a las personas naturales como a las personas jurídicas. Dicha mención no es un asunto menor, ya que da la posibilidad de intentar acciones judiciales, no solo a los individuos que se vean afectados en tanto consumidores, sino que también a las distintas organizaciones no gubernamentales encargadas de la defensa de los derechos de cada uno de los colectivos que componen la categoría de hipervulnerables. Así, por ejemplo, una asociación abocada al resguardo de los intereses de las personas con discapacidad perfectamente podría accionar en contra de un determinado proveedor infractor de la normativa de consumo.

A su turno, el artículo 2° de la resolución en comento establece, entre otras, las siguientes situaciones de hipervulnerabilidad: los reclamos que involucren derechos o intereses de niños, niñas y adolescentes; ser personas pertenecientes al colectivo LGBT; ser personas mayores de 70 años; ser personas con discapacidad con certificado acreditante; la condición de persona migrante o turista; la pertenencia a comunidades de pueblos originarios. Al respecto, hay que precisar que este listado es meramente enunciativo y no taxativo, de manera que si en los hechos aparecieran sujetos que se hallen en un estado de vulnerabilidad agravada, igualmente podrán ser catalogados como consumidores hipervulnerables.

Por último, el artículo 3° contiene una serie de obligaciones para la Secretaría de Acciones para la Defensa de las y los consumidores, entre las que destacan: la promoción de acciones en pos de favorecer procedimientos eficaces y expeditos para la adecuada resolución de los

¹¹⁶ El artículo 1° N° 1 de la Ley de Protección de los Derechos del Consumidor, indica que son consumidores o usuarios: *“las personas naturales o jurídicas [...]”*.

conflictos de las y los consumidores hipervulnerables; la implementación de medidas en pos de la eliminación y mitigación de obstáculos en el acceso a la justicia de las y los consumidores hipervulnerables; la facilitación de ajustes razonables para el pleno ejercicio de derechos de las y los consumidores hipervulnerables en los procedimientos administrativos; y la proposición de acciones de educación, divulgación, información y protección diferenciada a las y los consumidores hipervulnerables a través de la Escuela Argentina de Educación para el Consumo.

Otra legislación a la que corresponde hacer referencia es la de Brasil, la cual en el artículo 39º, parágrafo IV, de su Código de Defensa del Consumidor, le prohíbe a los proveedores de productos o servicios, entre otras prácticas abusivas: *“aprovecharse de la debilidad o ignorancia del consumidor, considerando su edad, salud, conocimiento o condición social, para convencerlo de adquirir sus productos o servicios”*.

Por otra parte, también es importante tener en cuenta el Código de Protección y Defensa del Consumidor de Perú, el que en su artículo 6º, inciso cuarto, indica que:

“El Estado reconoce la vulnerabilidad de los consumidores en el mercado y en las relaciones de consumo, orientando su labor de protección y defensa del consumidor con especial énfasis en quienes resulten más propensos a ser víctimas de prácticas contrarias a sus derechos por condiciones especiales, como es el caso de las gestantes, niñas, niños, adultos mayores y personas con discapacidad así como los consumidores de las zonas rurales o de extrema pobreza”.

Por su lado, el artículo 15º de la Ley N°453 “General de los Derechos de las Usuarias y los Usuarios y de las Consumidoras y los Consumidores” de Bolivia prescribe la siguiente obligación para los proveedores:

“Información para personas vulnerables. El proveedor de productos o servicios alimenticios está obligado a proporcionar información:

- a) De alimentos que causen daños o riesgos a la salud de las mujeres gestantes, al embrión, al feto o al recién nacido, adultos mayores y personas con discapacidad.*
- b) Sobre los beneficios de la leche materna.*
- c) De los daños o riesgos a la salud de las niñas, niños y adolescentes, adultos mayores y personas con discapacidad”*.

Como se podrá advertir, estos tres últimos cuerpos legales difieren de la normativa argentina, en el entendido de que ninguno se ocupa de conceptualizar a los consumidores hipervulnerables. A pesar de lo escuetos o restringidos que puedan resultar estos preceptos en relación con la Resolución 139/2020, en ellos igualmente se establecen hipótesis más o menos amplias de hipervulnerabilidad, que denotan una especial preocupación por parte de los Estados a fin de entregar protección a individuos mucho más frágiles que el común de los consumidores.

Finalmente, y a diferencia de las demás legislaciones, la de El Salvador solo se refiere al supuesto específico de los consumidores en situación de discapacidad. Al efecto, el artículo 5-A del Decreto N°776/2005 “Ley de Protección al Consumidor” dispone que:

“En razón de las especiales circunstancias que en ellos concurren, las personas con discapacidad física, mental, sicológica o sensorial, en tanto consumidoras, gozarán de especial protección por parte de todos los Órganos del Estado y, en especial, por parte de la Defensoría del Consumidor quien, en el marco de las atribuciones que le confiere la presente ley, procurará:

a) Contribuir a su inclusión social como consumidores y usuarios, mediante la adopción de medidas para la educación, la prevención y la atención de reclamaciones de este colectivo; b) Promover acciones de sensibilización, estudio e información sobre diferentes temas relacionados con el consumo de las personas con discapacidad en cuanto al acceso a los bienes y servicios, especialmente de aquéllos ofrecidos directamente por la Administración pública; y,

c) Impulsar la colaboración entre el colectivo de los discapacitados, las organizaciones de consumidores y las instituciones públicas relacionadas con el tema, con el fin de desarrollar programas conjuntos a favor de la defensa de los derechos de las personas con discapacidad como consumidores de productos y servicios”.

A este respecto, consideramos que dicha norma, junto con las precedentes, constituyen aportes tremendamente significativos de cara a incluir plenamente a las personas con discapacidad en un ámbito de tanta relevancia social como el de las operaciones de consumo. Efectivamente, salvo la brasileña que está redactada en términos más bien genéricos, en todas las otras legislaciones que hemos revisado se hace expresa alusión a este grupo humano, imponiéndole deberes de tutela y promoción a los Estados y estableciendo obligaciones a los proveedores de bienes y servicios, con el objeto de dar equilibrio a la relación de consumo y evitar que estos abusen de su posición de superioridad en el mercado. Lo que decimos cobra aún más sentido si pensamos que cada uno de estos países ha firmado y ratificado la CDPD, instrumento internacional que como sabemos, exige que se adopten todas las medidas necesarias que favorezcan la efectiva participación de este colectivo en la sociedad.

3. Hacia la construcción de la figura del consumidor hipervulnerable en el ordenamiento jurídico nacional

Sin perjuicio de los proyectos de reforma que analizábamos en el anterior capítulo, lo cierto es que, en la actualidad, nuestra LPDC no contempla a los consumidores hipervulnerables. A esto hay que añadir que, con excepción de unos cuantos autores, entre los que destacan, PATRICIA LÓPEZ (en relación con los menores)¹¹⁷, RUPERTO PINOCHET (a propósito de los adultos mayores)¹¹⁸, y ERIKA ISLER (en lo tocante a las personas con discapacidad)¹¹⁹, la doctrina nacional no ha solido adentrarse en el estudio de temáticas que involucren a esta categoría de consumidores. Para colmo, en la esfera jurisprudencial tampoco ha habido sentencias en que se aluda expresamente a la figura que estamos comentando. A pesar de esta tesitura, creemos que, en lo que respecta a la situación particular de las personas con discapacidad, existe base normativa suficiente para afirmar que sobre el Estado de Chile y los proveedores de bienes y servicios pesa la obligación de otorgarles un tratamiento más favorable en el campo del consumo. Por tanto, en lo que sigue, nos abocaremos a la construcción de esta especie de consumidor

¹¹⁷ LÓPEZ DÍAZ, Patricia, *El menor como consumidor en el derecho chileno: intento de configuración dogmática y determinación de la tutela aplicable*, ahora, en DÍAZ CAMPOS, Karen (editora), *Estudios de Derecho del Consumidor* (Valencia, Tirant Lo Blanch, 2020), pp. 1-15.

¹¹⁸ PINOCHET OLAVE, Ruperto, *Consumidor*, cit. (n. 59), pp. 63-89.

¹¹⁹ ISLER DOTO, Erika, *Derecho*, cit. (n. 30), pp. 220-226.

dentro del ordenamiento jurídico patrio, enfocando nuestros argumentos en torno a la realidad específica de este grupo humano.

Para estos efectos, hemos decidido incorporar a nuestra revisión normas tanto de la LPDC como de la CPR y la CDPD. En este aspecto, al igual que la autora ERIKA ISLER, comprendemos que “los preceptos de la CPR –incluidos los tratados internacionales sobre derechos fundamentales– efectivamente son directamente aplicables a la relación de consumo, de tal manera que un tribunal, perfectamente podría fundamentar su sentencia en alguna disposición constitucional [o convencional]. Ello resulta de la concepción del sistema de consumo como un todo armónico e integrado por normas de distinta jerarquía, todas las cuales en todo caso deben someterse a la Carta Fundamental”¹²⁰.

Así las cosas, en primer lugar es pertinente partir mencionando las disposiciones de la fuente del Derecho de mayor jerarquía dentro de nuestro sistema jurídico: la CPR. Como vimos en su oportunidad, la Carta Fundamental reconoce en su artículo 1º, inciso primero, que “*todas las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos*”. Al respecto, HUMBERTO NOGUEIRA, refiriéndose al contenido de esta norma, señala que “La dignidad de la persona es el rasgo distintivo de los seres humanos respecto de los demás seres vivos, la que constituye a la persona como un fin en sí mismo [...]. Tal dignidad se constituye en la fuente de todos los derechos humanos”¹²¹. Según el mismo autor, es esta dignidad inherente a las personas y los derechos fundamentales que derivan de la misma los que estructuran los valores esenciales de toda sociedad, dan legitimidad a las actuaciones del Estado y conforman las garantías básicas para el apropiado desarrollo de la República Democrática y del Estado de Derecho¹²². De esta forma, si a algún sector, y sobre todo a uno tan frágil como lo es el de los consumidores en situación de discapacidad, se le dejara de reconocer tal dignidad y derechos, se generarían consecuencias bastante perniciosas para todo el entramado político, jurídico y social.

Asimismo, el inciso cuarto del citado artículo prescribe que: “*El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible [...]*”. Dicho precepto se encarga de establecer que el bien común constituye el fin último, tanto del Estado como de la sociedad en su conjunto (la norma emplea la expresión *contribuir*, por ende, esta tarea no solo corresponderá al aparato estatal, sino que también a todos los que conforman la comunidad política), lo cual se traduce en alcanzar la optimización de la convivencia social y el logro del desarrollo integral de cada ser humano, a través de todos los medios que se encuentren disponibles¹²³. En tal sentido, es evidente que para llevar a cabo este mandato constitucional en relación con un grupo doblemente vulnerable, como el constituido por los consumidores con discapacidad, los mecanismos que empleen tanto el Estado como los particulares, deben ser potenciados y adaptarse a las características especiales de estos individuos. De otra manera, esta idea de que el Poder Público está al servicio de la dignidad y los derechos de las personas sería ilusoria y este colectivo nunca podría alcanzar su máxima realización espiritual y material posible.

¹²⁰ *Ibíd*, pp. 179-180.

¹²¹ NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, *Los derechos esenciales o humanos contenidos en los tratados internacionales y su ubicación en el ordenamiento jurídico nacional: doctrina y jurisprudencia*, en *Ius et Praxis* 9 (2003), 1, p. 405.

¹²² *Ibíd*, p. 406.

¹²³ *Ibíd*, p. 432.

Del mismo modo, el inciso final de la norma dispone que: “*Es deber del Estado [...] promover la integración armónica de todos los sectores de la Nación y asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional*”. Acorde con NOGUEIRA ALCALÁ, a través de este precepto, la CPR pretende asegurar la protección de las personas ante factores que atenten contra su dignidad, asegurando las circunstancias reales que posibiliten el ejercicio efectivo de la libertad y la igualdad de oportunidades, amparándolas frente a riesgos naturales o sociales a los que se vean expuestos, de forma tal que todas y cada una de ellas puedan desarrollar al máximo posible sus potencialidades¹²⁴. En este caso, para que la actividad estatal pueda cumplir su cometido, se deberá tomar especial atención a las condiciones materiales que sean consecuencia de la situación particular frente a los recursos y los bienes primarios o las capacidades actuales de cada individuo¹²⁵. En otras palabras, para desempeñar adecuadamente esta labor, el Estado tendrá que considerar a aquellos sectores que, en los hechos, se encuentren en una posición más desventajada respecto de las demás personas, a fin de que estos sean incluidos y puedan participar de manera plena y efectiva en la vida nacional. Como se puede apreciar, este deber que impone la Carta Magna al ente estatal se subsume perfectamente a la realidad de los consumidores con discapacidad que, como hemos venido diciendo, se ven afectados por una serie de desigualdades que impiden su correcto desenvolvimiento dentro de la sociedad.

Para reforzar lo manifestado hasta el momento, cabe agregar que las disposiciones de la CPR a las que hacemos alusión son plenamente compatibles con las reglas y principios del Derecho del consumo. En efecto, siguiendo a ERIKA ISLER entendemos que “de las obligaciones del Estado [...], particularmente las que tienen por objeto ‘crear las condiciones necesarias para la mayor realización’ del ser humano, así como ‘promover la integración armónica de todos los sectores de la Nación y asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional’, es posible derivar la protección de los consumidores, la cual precisamente busca permitir la realización del individuo y establecer mecanismos de equilibrio en las relaciones jurídicas, con fundamento en la justicia distributiva”¹²⁶. Como bien sabemos, para mejorar la situación de desventaja natural de los destinatarios de bienes y servicios¹²⁷, en esta disciplina jurídica rige con toda su fuerza el principio de tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales, el cual es un correlato de los preceptos de la Norma Fundamental.

Sumado a lo anterior, la misma ISLER, explicando la vigencia del principio pro consumidor dentro del ordenamiento nacional, plantea que “el Derecho de Consumo constituye un imperativo para el poder legislativo estatal, toda vez que [...] nuestra Carta Fundamental, establece que el Estado tiene como finalidad ‘promover el bien común’ para lo cual debe contribuir a crear las condiciones que permiten a todos los integrantes de la comunidad nacional ‘su mayor realización espiritual y material posible’. Además, se debe agregar que esta norma presenta especial relevancia, puesto que se encuentra ubicada dentro de las Bases de la Institucionalidad de nuestra Constitución Política. Ello se ve reafirmado por el mensaje del proyecto de ley que devino en la LPDC: ‘es responsabilidad del Estado cautelar en forma especial los intereses de los grupos o sectores no organizados, entre los que se encuentran los consumidores. A éstos se les debe proporcionar un marco legal que consagre expresamente sus derechos y la forma de ejercerlos con eficacia, así como mecanismos que faciliten su rol activo

¹²⁴ NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, *Los derechos económicos, sociales y culturales como derechos fundamentales efectivos en el constitucionalismo democrático latinoamericano*, en *Estudios Constitucionales* 7 (2009), 2, p. 187.

¹²⁵ *Ibid.*

¹²⁶ ISLER SOTO, Erika, *Constitucionalización*, cit. (n. 53), p. 566.

¹²⁷ ISLER SOTO, Erika, *Derecho*, cit. (n. 30), p. 137.

en una economía de mercado, de modo de impedir eventuales abusos que se deriven de la carencia de un ordenamiento jurídico adecuado”¹²⁸. En suma, la impronta humanista que caracteriza al principio pro consumidor en particular y a la normativa de consumo en general, se explica porque tanto uno como el otro constituyen derivaciones de la propia CPR.

Por otro lado, en este terreno también es importante que nos refiramos al Capítulo III del texto constitucional, titulado “De los Derechos y Deberes Constitucionales”, en el cual están consagrados los derechos, igualdades y libertades fundamentales que asisten a todas las personas por el hecho de ser tales. Al efecto, en lo que concierne a esta materia, el artículo 19° N° 2 de la CPR indica en su inciso primero que: “*La Constitución asegura a todas las personas: La igualdad ante la ley*”. Y agrega el inciso segundo: “*Ni la ley ni autoridad alguna podrá establecer diferencias arbitrarias*”. Dicha igualdad connatural a la condición de ser humano exige eliminar toda discriminación en el ámbito sociológico, prohibiendo las distinciones basadas en aspectos subjetivos de las personas por motivos de raza, color, idioma, religión, opiniones políticas, origen nacional, posición económica, nacimiento o de cualquier otra índole social¹²⁹. En el fondo, lo que la norma proscribía no es la desigualdad, que en sí misma nos es valorada como algo malo o incorrecto¹³⁰, sino que la discriminación o diferencia arbitraria, es decir, la desigualdad en el tratamiento de las personas carente de justificación objetiva y razonable, como asimismo, el igual trato de personas que se hallan en situaciones en que existen diferencias sustanciales, que obligarían a un tratamiento diferenciado¹³¹.

A partir de lo mencionado podemos extraer dos ideas nucleares: la primera consiste en que la ausencia de una normativa especial que atienda a las características particulares de un grupo humano que se encuentre en una circunstancia desmejorada es constitutiva de discriminación arbitraria, toda vez que se estaría tratando de igual manera a personas que, en los hechos, se hallan en situaciones disímiles. En el caso de los consumidores con discapacidad, es claro que la falta de reglas que, de forma explícita, impongan el deber de implementar medidas que propicien el acceso expedito a los productos y servicios que se ofrecen en el mercado impide que su participación en la esfera de los actos de consumo sea plena y en condiciones de igualdad respecto de los demás individuos. Por su lado, la segunda idea estriba en que el legislador está perfectamente habilitado para establecer preceptos que favorezcan a ciertos sectores desventajados, siempre y cuando estos se basen en aspectos relevantes y razonables¹³². En relación con la realidad de los consumidores en situación de discapacidad, este trato diferenciado se justifica por la doble vulnerabilidad que los caracteriza como colectivo.

En este mismo sentido, es menester señalar que, debido a su trascendencia, la igualdad ante la ley y la proscripción de la discriminación arbitraria se han extendido más allá del texto constitucional, desarrollándose en otros cuerpos normativos. En efecto, el derecho reconocido en el artículo 19 N°2 de la CPR está plasmado tanto en el ámbito de los actos de consumo –en lo que refiere a lo preceptuado en el artículo 3° letra c) de la LPDC–, como en el de la discapacidad –a propósito de lo prescrito en el artículo 5°, en relación con los artículos 2°, 4°,

¹²⁸ *Ibid.*

¹²⁹ NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, *El derecho a la igualdad ante la ley, no discriminación y acciones positivas*, en *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, 13 (2006), 2, p. 64

¹³⁰ DÍAZ DE VALDÉS JULIÁ, José Manuel, *La igualdad constitucional: múltiple y compleja*, en *Revista Chilena de Derecho* 42 (2015), 1, p. 162.

¹³¹ NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, *Igualdad*, cit. (n. 129), p. 71.

¹³² *Ibid.*, p. 72.

9° y 12° de la CDPD—. Por lo tanto, el derecho en cuestión se encuentra amparado en un triple nivel: legal, supralegal y constitucional.

Con todo, es necesario que precisemos los sujetos obligados en cada caso. Así pues, en lo tocante al mandato constitucional, al igual que HUMBERTO NOGUEIRA, estimamos que “La prohibición de diferenciar respecto de aspectos subjetivos de la persona constituye un límite a la función legislativa, ejecutiva y judicial, como asimismo a la autonomía privada”¹³³. A causa del acaecimiento de distintos fenómenos jurídicos, como la constitucionalización del Derecho o la irradiación de los derechos fundamentales, se ha entendido que la igualdad constitucional tiene aplicación tanto en el campo público como en el privado¹³⁴. Por su parte, en lo que concierne a los preceptos de la Convención, hay que recordar que estos imponen deberes tanto para los Estados firmantes del instrumento internacional como para los particulares de aquellos países. Para finalizar, cabe decir que, como el citado artículo 3° letra c) únicamente hace alusión a los proveedores de bienes y servicios, la prohibición contenida en la norma solo rige en las relaciones jurídicas que se formen entre estos y los consumidores. No obstante, opinamos que el ente estatal igualmente tiene un rol activo, tanto en la prevención de estas conductas, como en la sanción de las mismas después de que estas han acaecido.

Ahora bien, respecto a la tutela del derecho a la igualdad y no discriminación en la CDPD, hay que tener en cuenta el texto del citado artículo 5°, cuyo inciso primero reconoce la igualdad formal o igualdad de oportunidades de las personas en situación de discapacidad, al disponer que: “*Los Estados Partes reconocen que todas las personas son iguales ante la ley y en virtud de ella y que tienen derecho a igual protección legal y a beneficiarse de la ley en igual medida sin discriminación alguna*”. Además, el inciso segundo de la norma consagra la garantía de no discriminación, al mandar que: “*Los Estados Parte prohibirán toda discriminación por motivos de discapacidad y garantizarán a todas las personas con discapacidad protección legal igual y efectiva contra la discriminación por cualquier motivo*”. Luego, en sus incisos siguientes, el mismo artículo se encarga de establecer la obligación del Estado consistente en adoptar las medidas pertinentes para poner en funcionamiento los ajustes razonables que sean necesarios y declara la procedencia de las medidas de acción positiva o discriminación inversa. Estas reglas además deben ser conjugadas con el artículo 2° de la CDPD que contiene, entre otras, la definición de discriminación por motivos de discapacidad, norma que a su vez tiene que relacionarse con los artículos 9° sobre Accesibilidad, y 12° sobre Igual reconocimiento como persona ante la ley.

De la armonización de todas estas disposiciones se desprende que sobre el Estado y los proveedores pesa la obligación de asegurar la accesibilidad y diseño universal de los productos y servicios que se ofrezcan en el mercado, y cuando estas medidas se muestren insuficientes, proporcionar los ajustes razonables, apoyos y salvaguardias que sean necesarios, para que de esta forma las personas en situación de discapacidad puedan participar plenamente y en condiciones de igualdad en relación con el resto de las personas. Dicho deber se ve reforzado si tenemos en consideración la amplitud de la definición del artículo 2°, en el sentido de que la denegación de cualquiera de estas figuras es constitutiva de discriminación por motivos de discapacidad.

La configuración del acceso y diseño universal, y los ajustes razonables, apoyos y salvaguardias en materia de consumo es capital, ya que estos les abren la puerta de entrada a las

¹³³ *Ibid*, p. 66.

¹³⁴ DÍAZ DE VALDÉS JULIÁ, José Manuel, *La prohibición de una discriminación arbitraria entre privados*, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* 42 (2014), 1, pp. 159-160.

personas con discapacidad a un ámbito de enorme significación social, permiten que se desenvuelvan autónomamente y colaboran a suprimir el estigma de la discriminación. Para que este grupo humano pueda alcanzar un nivel de vida digno y pueda desarrollarse de la misma manera que los demás individuos, es primordial que el aparato estatal junto con los proveedores confiera todas las alternativas posibles con el objeto de asegurar su efectiva participación¹³⁵.

Pese a su notoria importancia, actualmente en la Ley N°20.422, principal cuerpo normativo en materia de discapacidad y norma tributaria de la CDPD, solamente se encuentran recogidas la accesibilidad y diseño universal y los ajustes razonables (que en este caso adoptan la denominación de necesarios), obviándose todo lo relativo a la implementación de un sistema de apoyos y salvaguardias. Al efecto, lamentablemente ni este, ni ningún otro cuerpo normativo dentro de nuestro ordenamiento interno consagra estas figuras, lo que evidencia la deficiencia de la legislación chilena en orden a hacer operativos los mandatos del Tratado Internacional¹³⁶.

Por otra parte, en lo que refiere a la protección de este derecho en la dimensión de los actos de consumo, el artículo 3° letra c) de la LPDC prescribe que: “*Son derechos y deberes básicos del consumidor: El no ser discriminado arbitrariamente por parte de proveedores de bienes y servicios*”. Acorde con ISLER SOTO, el derecho a no ser discriminado arbitrariamente constituye uno de los más importantes fundamentos de la incorporación en el sistema jurídico de un estatuto protector que vele por los derechos de los consumidores y disminuya las asimetrías propias de la relación de consumo¹³⁷. En el mismo sentido LÓPEZ RAYGADA expresa que “Es un imperativo combatir la discriminación de todo ángulo [...], pues esta es capaz de desconocer la capacidad de consumo en determinadas personas, que son objeto de diferenciación injustificada dado que no se les permite pagar precios ni acceder a establecimientos o prestaciones que son ofrecidas al público en general, marginándolas y excluyéndolas indebidamente de los beneficios del intercambio”¹³⁸. Tal es el caso de uno de los sectores más discriminados de la sociedad: las personas en situación de discapacidad.

Como bien se puede apreciar, la disposición en comento está íntimamente conectada con los preceptos de la Carta Fundamental que comentamos más arriba. En efecto, de la lectura de este y otros numerales del artículo 3°, ERIKA ISLER postula que es posible advertir un verdadero proceso de vinculación recíproca entre las prerrogativas fundamentales constitucionales contenidas en el artículo 19° de la CPR y los derechos básicos de los consumidores reconocidos en la LPDC¹³⁹. A su turno, BARRIENTOS ZAMORANO indica que los legisladores de la LPDC

¹³⁵ SUÁREZ, Enrique Luis y PACEVICIUS, Iván Vladimir, *Las personas con discapacidad como usuarios hipervulnerables: la situación de los electrodependientes por cuestiones de salud*, ahora, en BAROCELLI, Sergio Sebastián (director), *Consumidores Hipervulnerables* (Buenos Aires, Editorial El Derecho, 2018), p. 87.

¹³⁶ Sin perjuicio de lo anterior, durante el año 2019 se presentaron dos proyectos de reforma, por medio de los cuales se están tratando de incorporar las figuras de los apoyos y salvaguardias dentro de nuestro sistema jurídico. Tales son los casos del Boletín N°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; y el Boletín N°12612-07, que restringe gradualmente la capacidad de ejercicio de los adultos mayores con deterioro cognitivo).

¹³⁷ ISLER SOTO, Erika, *Derecho*, cit. (n. 30), p. 211.

¹³⁸ LÓPEZ RAYGADA, Pierino Stucchi, *La ciudadanía económica en el Perú: El Consumidor*, p. 68 [visible en internet: https://works.bepress.com/pierino_stucchi/1/].

¹³⁹ ISLER SOTO, Erika, *Derecho*, cit. (n. 30), p. 190.

dieron por sentado que la discriminación arbitraria que se pretendía evitar con el establecimiento de esta norma, tenía un indudable significado y contenido constitucional¹⁴⁰.

Sobre el particular, creemos que esta interacción entre la normativa constitucional y la de consumo ayuda a comprender que los consumidores no son meros compradores de bienes y servicios, sino también personas dotadas de derechos fundamentales concomitantes que deben ser promovidos y tutelados ante las eventuales afectaciones que sean resultado de actuaciones lesivas por parte de los proveedores¹⁴¹. Como tuvimos ocasión de revisar, más que proteger los intereses asociados a la transacción comercial, lo que hace esta disposición es tutelar la dignidad misma de las personas.

Así las cosas, aun cuando hoy por hoy no esté consagrada de manera expresa la figura del consumidor hipervulnerable –tal como ocurre en las legislaciones que analizamos en el apartado anterior–, lo cierto es que dentro de nuestro ordenamiento jurídico existen normas constitucionales, convencionales y legales que permiten sostener con toda propiedad que, en lo que respecta a la situación de las personas con discapacidad como sector doblemente vulnerable, tanto el Estado como los proveedores de bienes y servicios tienen la obligación de entregarles un trato diferenciado, en el sentido de aplicar todos los mecanismos que les sean necesarios, concientizar al entorno social para que acepte la diversidad y su riqueza, dignificar la discapacidad y eliminar todas las barreras que se interpongan en la consecución de estos objetivos, a fin de que puedan acceder a los beneficios que traen consigo las operaciones de consumo en condiciones de igualdad y sin ser discriminados¹⁴².

4. *Algunas implicancias para el consumidor con discapacidad*

En lo que concierne a las consecuencias jurídicas sustantivas y procesales y de políticas públicas aplicables a los consumidores en situación de discapacidad, hemos decidido guiarnos por el esquema formulado por el autor SERGIO BAROCELLI¹⁴³, quien plantea las siguientes reglas:

- i) Debe acentuarse el principio pro consumidor y sus distintas manifestaciones en consonancia con los mandatos contenidos en la Constitución Política y el estatuto protector internacional de las personas con discapacidad representado por la CDPD. En este caso, entendemos que los jueces tienen la tarea de interpretar y aplicar de forma coordinada, coherente y simultánea las normas, principios e instituciones propias del Derecho del consumo conjuntamente con las normas, principios e instituciones que asisten a este grupo en específico, siempre en clave constitucional y convencional¹⁴⁴. Tal como examinamos en el apartado precedente, los consumidores con discapacidad se encuentran amparados por un entramado normativo robusto, compuesto por preceptos de rango legal, supralegal y constitucional que los sentenciadores sencillamente no pueden desconocer.

¹⁴⁰ BARRIENTOS ZAMORANO, Marcelo, *Artículo 3° C*), ahora, en DE LA MAZA GAZMURI, Iñigo - PIZARRO WILSON, Carlos (editores); BARRIENTOS, Francisca (coordinadora), *La Protección de los Derechos de los Consumidores. Comentario a la Ley de Protección a los derechos de los consumidores* (Santiago, Thomson Reuters, 2013), p. 105.

¹⁴¹ ALVEAR TÉLLEZ, Julio, *Consumidor y empresario: ¿Relaciones jurídicas conflictivas? Hacia una concepción relacional del Derecho del Consumidor*, en *Revista Chilena de Derecho* 43 (2016), 3, p. 820.

¹⁴² SUÁREZ, Enrique Luis y PACEVICIUS, Iván Vladimír, cit. (n. 135), p. 87.

¹⁴³ BAROCELLI, Sergio Sebastián, *Construcción*, cit. (n. 56), pp. 28-31.

¹⁴⁴ *Ibid*, p. 29.

- ii) La hipervulnerabilidad que caracteriza a este colectivo debe ser el estándar de evaluación en materia de información, seguridad, y de trato digno y equitativo y de ilicitud en las prácticas comerciales y de publicidad¹⁴⁵. Para que los consumidores con discapacidad puedan ejercitar adecuadamente prerrogativas tan relevantes en este campo, como los son el derecho a la información o el derecho a la seguridad en el consumo, es imprescindible que los proveedores adecuen sus prácticas a la situación particular de estos individuos, lo que se debe ver traducido en todas las etapas de la transacción comercial.
- iii) Se deben formular e implementar políticas públicas que atiendan a la realidad específica de los consumidores con discapacidad. Al respecto, los organismos estatales correspondientes deben idear y poner en funcionamiento planes de acción en las áreas de información y educación al consumidor, condiciones de atención y trato digno y equitativo, protección de los intereses económicos, prevención y resolución de conflictos, libertad de elección y ejercicio del poder de policía de consumo, especialmente sobre el control y sanción de prácticas comerciales dirigidas concretamente a este sector de la población. En tanto consumidores hipervulnerables, las personas en situación de discapacidad deben ser una prioridad para el Estado, sobre todo en lo que refiere al despliegue de esfuerzos y asignación de recursos públicos¹⁴⁶.
- iv) En pos de garantizar el acceso al consumo, información, trato digno y equitativo, protección de la salud y seguridad y de los intereses económicos y sociales y libertad de elección a los consumidores con discapacidad, el ente estatal y los proveedores deben abogar por la activación de medidas de accesibilidad y diseño universal, ajustes razonables, apoyos y salvaguardias¹⁴⁷. A este respecto, al igual que SUÁREZ y PACEVICIUS, comprendemos que la importancia de estas medidas radica en que posibilitan: la independencia en la toma de decisiones; un trato no discriminatorio; la participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad; el respeto a la diferencia y su aceptación como parte de la diversidad y condición humanas; la igualdad real de oportunidades de acceso al consumo, a la justicia, de atención y de trato; y la eliminación de las barreras existentes, sean estas económicas, sociales, naturales, culturales, comunicacionales, educacionales, arquitectónicas, urbanísticas o de cualquier otra índole¹⁴⁸.
- v) Por último, cabe destacar que los procesos colectivos constituyen una herramienta sumamente eficaz en orden a dismantelar la conculcación de los derechos de las personas con discapacidad en relación con los actos de consumo¹⁴⁹. En tal sentido, el rol que puedan desempeñar tanto las asociaciones de consumidores como las organizaciones no gubernamentales encargadas de velar por los derechos de este grupo humano se presenta como crucial en la defensa de sus intereses.

CONCLUSIÓN

¹⁴⁵ *Ibíd.*

¹⁴⁶ *Ibíd.*, p. 30.

¹⁴⁷ *Ibíd.*, p. 31.

¹⁴⁸ SUÁREZ, Enrique Luis y PACEVICIUS, Iván Vladimir, cit. (n. 135), p. 94.

¹⁴⁹ BAROCELLI, Sergio Sebastián, *Construcción*, cit. (n. 56), pp. 31-32.

A partir de lo expuesto a lo largo de este trabajo es posible concluir varias cuestiones relevantes en lo que refiere al estatuto tutelar de las personas con discapacidad cuando estas actúan como consumidores de bienes y servicios. En efecto, a pesar de que en la actualidad no haya disposiciones que aborden de forma directa la realidad de este colectivo en la esfera de las operaciones de consumo, lo cierto es que dentro de nuestro ordenamiento jurídico es posible identificar una serie de normas de distinta jerarquía que permiten afirmar que los consumidores con discapacidad son merecedores de un tratamiento más favorable por parte del Estado de Chile y los proveedores de productos y servicios en el mercado. Debido a la doble vulnerabilidad que caracteriza a este grupo y a la trascendencia del consumo como fenómeno social, en esta materia se le debe dar primacía al denominado principio *pro homine*, en el entendido de interpretar extensivamente las normas que consagran derechos humanos de modo que no se incurra en hipótesis de desprotección de los mismos.

Siguiendo esta lógica, arribamos a la conclusión de que hay normativa de nivel legal, supralegal y constitucional que es perfectamente subsumible a la situación de los consumidores con discapacidad. Dicha idea viene de comprender que el ordenamiento de consumo patrio no se limita a lo prescrito en la LPDC, sino que también se encuentra integrado por reglas, principios e instituciones que emanan de preceptos normativos del más diverso rango. En tal sentido, teniendo en cuenta su importancia en este campo, incorporamos a nuestro estudio normas contenidas tanto en la citada ley como en la CPR y la CDPD.

A este respecto, queremos volver a resaltar la conexión que existe entre todos estos cuerpos normativos, sobre todo en lo tocante al reconocimiento del derecho a la igualdad y la proscripción de la discriminación arbitraria. Como tuvimos ocasión de comentar esta es una garantía fundamental que deriva de la propia dignidad de las personas, cuya protección parte en la Carta Fundamental y se extiende al terreno particular de los actos de consumo, en especial lo que dice relación con el principio pro consumidor que informa a toda esta rama del Derecho y a la prerrogativa consistente en no ser discriminado arbitrariamente por parte de los proveedores de bienes y servicios contemplada en el artículo 3° letra c) de la LPDC, y que además se ve reflejada en el ámbito internacional de los Derechos Humanos, a propósito de la dictación de la CDPD, instrumento más importante en lo que a discapacidad concierne.

Sobre este último punto, nos parece preciso recalcar que el tratado en comento no es una simple declaración de buenas intenciones, sino que una norma jurídica de rango superior al simplemente legal que, como tal, rige con toda su fuerza dentro de nuestro sistema normativo y que, como examinamos, le impone al aparato estatal la obligación de asegurar y promover el pleno ejercicio de todos y cada uno de los derechos humanos y libertades de las personas con discapacidad y el deber concreto de adoptar todas las medidas legislativas, judiciales, administrativas y de cualquier otra índole que sean pertinentes y necesarias para hacer efectivos los derechos reconocidos en la misma.

Acorde con lo anterior, es claro que el ente estatal mantiene un compromiso pendiente en lo que respecta a proporcionar normas eficaces y suficientes que resuelvan las problemáticas jurídicas que se le aparezcan a las personas en situación de discapacidad¹⁵⁰, a fin de que puedan desenvolverse adecuadamente en todos los aspectos de la vida. En este contexto, los legisladores tienen la obligación de establecer reglas concretas que compelan a los proveedores a llevar a la

¹⁵⁰ ISLER SOTO, Erika, *Derecho*, cit. (n. 30), p. 220.

práctica los principios de accesibilidad y diseño universal que propende la CDPD en los productos y servicios que se oferten en el mercado, y en caso de que estas providencias sean insuficientes, aplicar los ajustes razonables, apoyos y salvaguardias que se adecuen a la necesidad específica de las personas con discapacidad, cuestión que será de lo más usual si tenemos en cuenta la heterogeneidad que distingue a este colectivo.

A pesar de los esfuerzos que se han puesto en el impulso de reformas, entre las que sobresalen los proyectos de ley a los que aludimos en su momento relativos a la concreción de los ajustes razonables en materia de consumo y a la incorporación de las figuras de los apoyos y salvaguardias a nuestro ordenamiento, el avance en la implementación de la Convención sigue siendo deficitario, representando uno de los grandes desafíos de cara a alcanzar la plena inclusión social de las personas con discapacidad.

Por otra parte, en este asunto también es relevante el rol que le toca cumplir a los Tribunales de Justicia chilenos, fundamentalmente en lo referido a la justiciabilidad de los derechos que la CDPD se encarga de consagrar. Tal como analizamos en el segundo capítulo de esta memoria, el razonamiento jurídico empleado por la judicatura nacional en los casos en que se falló a favor de consumidores con discapacidad se mueve dentro de un espectro normativo más bien limitado. Al efecto, son la salvedad de lo ocurrido en la causa *Sernac y Sepúlveda Bravo con Sociedad Kamel Ltda.*, en que se ocuparon normas de la CDPD, en todos los demás casos nuestros jueces han fundamentado sus sentencias únicamente en base a normas de la LPDC, más precisamente en el mencionado derecho a no ser discriminado arbitrariamente, articulándolo con otras disposiciones como la prohibición de negar injustificadamente la venta de un producto o la prestación de un servicio, o la sanción infraccional a la conducta negligente de los proveedores, obviándose de esta manera preceptos constitucionales y convencionales, perfectamente aplicables a la relación de consumo.

En este sentido, los sentenciados deben tener siempre presente que, tanto la Constitución Política –sobre todo en lo indicado en los artículos 1° y 19°–, como la Convención son normas integrantes del sistema de protección de los consumidores en situación de discapacidad, plenamente vinculantes para todos los poderes públicos. Así pues, la justiciabilidad de las garantías consagradas en estos cuerpos normativos, especialmente en lo que respecta a los derechos reconocidos en la CDPD, tales como los derechos a la accesibilidad, igualdad y no discriminación e igual reconocimiento como persona ante la ley, entre otros, se erige como una de las más importantes tareas para el desarrollo y avance del tratamiento de la discapacidad.

Para finalizar, cabe señalar que más allá de los deberes impuestos a la entidad estatal y a los proveedores de bienes y servicios, la ciudadanía también tiene un papel trascendente en esta materia. Efectivamente, de acuerdo al mandato constitucional, la labor de crear las condiciones sociales que permitan la mayor realización espiritual y material posible de los integrantes de la sociedad no solo recae en el Estado, sino que también en todos quienes conformamos la comunidad política. Lo dicho además es coincidente con el modelo social de la discapacidad, en que se postula que es la propia sociedad y no las personas en situación de discapacidad la que debe de ajustarse a las necesidades de este colectivo. El acabar con el problema de la discriminación y lograr la plena y efectiva inclusión y participación social de este grupo humano es una tarea que nos compete a todos y todas.

BIBLIOGRAFÍA

ALONSO BENITO, Luis Enrique, *La era del consumo* (Madrid, Siglo XXI, 2005).

ALVEAR TÉLLEZ, Julio, *Consumidor y empresario: ¿Relaciones jurídicas conflictivas? Hacia una concepción relacional del Derecho del Consumidor*, en *Revista Chilena de Derecho* 43 (2016), 3.

BARIFFI, Francisco, *Capacidad jurídica y capacidad de obrar de las personas con discapacidad a la luz de la Convención de la ONU*, ahora, en PÉREZ BUENO, Luis (director), *Hacia un Derecho de la Discapacidad. Estudios en homenaje al Profesor Rafael de Lorenz* (Pamplona, Thomson Reuters Aranzadi, 2009).

BAROCELLI, Sergio Sebastián, *Hacia la construcción de la categoría de consumidores hipervulnerables*, ahora, en BAROCELLI, Sergio Sebastián (director), *Consumidores Hipervulnerables* (Buenos Aires, Editorial El Derecho, 2018).

BAROCELLI, Sergio Sebastián, *Los principios del derecho del consumidor como orientadores de la interpretación y aplicación en el diálogo de fuentes*, ahora, en BAROCELLI, Sergio Sebastián (coordinador), *Impactos del nuevo Código Civil y Comercial en el Derecho del Consumidor. Diálogos y perspectivas a la luz de sus principios* (Buenos Aires, Facultad de Derecho UBA, 2016).

BARRANCO, María del Carmen, CUENCA, Patricia y RAMIRO, Miguel Ángel, *Capacidad jurídica y discapacidad: El artículo 12 de la Convención de Derechos de las Personas con Discapacidad*, en *Anuario de la Facultad de Derecho - Universidad de Alcalá* 5 (2012).

BARRIENTOS ZAMORANO, Marcelo, *Artículo 3° C*), ahora, en DE LA MAZA GAZMURI, Iñigo - PIZARRO WILSON, Carlos (editores) - BARRIENTOS, Francisca (coordinadora), *La Protección de los Derechos de los Consumidores. Comentario a la Ley de Protección a los derechos de los consumidores* (Santiago, Thomson Reuters, 2013).

BIEL PORTERO, Israel, *Los Derechos Humanos de las Personas con discapacidad* (Valencia, Tirant lo Blanch, 2011).

CAMPOY CERVERA, Ignacio, *Reflexiones acerca de los derechos de las personas con discapacidad*, ahora, en CAMPOY CERVERA (coordinador), *Los derechos de las personas con discapacidad: perspectivas sociales, políticas, jurídicas y filosóficas* (Madrid, Dykinson, 2004).

CEA EGAÑA, José Luis, *Derecho Constitucional Chileno* (Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2004), II.

CISTERNAS REYES, María, *Desafíos y avances en los derechos de las personas con discapacidad: una perspectiva global*, en *Anuario de Derechos Humanos* 11 (2015).

COLMAN VEGA, Luis, *La primacía de la realidad en las relaciones financieras de consumo*, ahora, en CARRASCO BLANC, Humberto (editor), *Estudios de Derecho del Consumidor* (Santiago, Rubicón, 2018).

CORRAL TALCIANI, Hernán, *Constitucionalización del derecho civil, neoconstitucionalismo y activismo social*, en *Revista de Derecho aplicado LLM UC 2* (2018).

CUENCA GÓMEZ, Patricia, *La capacidad jurídica de las personas con discapacidad: el Art. 12 de la Convención de la ONU y su impacto en el ordenamiento jurídico español*, en *Derechos y Libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas* 24 (2011), 15.

DÍAZ DE VALDÉS JULIÁ, José Manuel, *La igualdad constitucional: múltiple y compleja*, en *Revista Chilena de Derecho* 42 (2015), 1.

DÍAZ DE VALDÉS JULIÁ, José Manuel, *La prohibición de una discriminación arbitraria entre privados*, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* 42 (2014), 1.

FERNÁNDEZ FREDES, Francisco, *Manual de Derecho Chileno de Protección del Consumidor* (Santiago, LexisNexis, 2003).

FERNÁNDEZ FREDES, Francisco, *Nueva Ley del Consumidor: innovaciones y limitaciones*, en *Revista Perspectivas en Política, Economía y Gestión* 1 (1998), 2.

GALDÓS, Jorge Mario, *El principio favor debilis en materia contractual* (Rosario, Editorial Juris, 1997).

HESSE, Conrado, *Constitución y Derecho Constitucional*, en AA.VV, *Manual de Derecho Constitucional* (2ª edición, Madrid, Marcial Pons, 2001).

ISLER SOTO, Erika, *Derecho del Consumo. Nociones Fundamentales*, Santiago, Tirant Lo Blanch, 2019

ISLER SOTO, Erika, *La constitucionalización de los derechos de los consumidores con especial referencia al ordenamiento jurídico chileno*, en *Revista Direito GV* 10 (2014), 2.

LÓPEZ DÍAZ, Patricia, *El menor como consumidor en el derecho chileno: intento de configuración dogmática y determinación de la tutela aplicable*, ahora, en DÍAZ CAMPOS, Karen (editora), *Estudios de Derecho del Consumidor* (Valencia, Tirant Lo Blanch, 2020).

LÓPEZ DÍAZ, Patricia, *La tutela precontractual en la Ley 19.496: su configuración, alcance y eventual convergencia con aquella propia de la contratación civil*, en *Revista Chilena de Derecho* 46 (2019), 2.

LÓPEZ SANTA MARÍA, Jorge, *Cláusulas contractuales abusivas y Derecho del Consumidor*, ahora, en *Instituciones Modernas del Derecho Civil. Homenaje al profesor Fernando Fueyo Laneri* (Santiago, Editorial Jurídica Conosur Ltda., 1996).

MOMBERG URIBE, Rodrigo, *Artículo 1° N° 1*, ahora, en DE LA MAZA GAZMURI, Iñigo - PIZARRO WILSON, Carlos (editores) - BARRIENTOS, Francisca (coordinadora), *La Protección de los Derechos de los Consumidores. Comentario a la Ley de Protección a los derechos de los consumidores* (Santiago, Thomson Reuters, 2013).

NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, *El derecho a la igualdad ante la ley, no discriminación y acciones positivas*, en *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte* 13 (2006), 2.

NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, *Los derechos económicos, sociales y culturales como derechos fundamentales efectivos en el constitucionalismo democrático latinoamericano*, en *Estudios Constitucionales* 7 (2009), 2.

NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, *Los derechos esenciales o humanos contenidos en los tratados internacionales y su ubicación en el ordenamiento jurídico nacional: doctrina y jurisprudencia*, en *Ius et Praxis* 9 (2003), 1.

PALACIOS, Agustina, *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad* (Madrid, Ediciones Cinca, Colección Cermi, 2008).

PALACIOS, Agustina; BARIFFI, Francisco, *La discapacidad como una cuestión de derechos humanos. Una aproximación a la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad* (Madrid, Ediciones Cinca, Colección Telefónica Accesible, 2007).

PÉREZ BUENO, Luis, *Discapacidad, Derecho y Políticas de Inclusión*, Madrid (Ediciones Cinca, Colección Cermi, 2010).

PINOCHET OLAVE, Ruperto, *Artículo 12 A*, ahora, en DE LA MAZA GAZMURI, Iñigo - PIZARRO WILSON, Carlos (editores) - BARRIENTOS, Francisca (coordinadora), *La Protección de los Derechos de los Consumidores. Comentario a la Ley de Protección a los derechos de los consumidores* (Santiago, Thomson Reuters, 2013).

PINOCHET OLAVE, Ruperto, *El consumidor y la tercera edad ¿una tutela diferente?*, ahora, en FERRANTE, Alfredo (director), *Venta y protección del consumidor. Una visión a través del caleidoscopio latinoamericano* (Santiago, Thomson Reuters, 2019).

PINTO, Mónica, *El principio pro homine. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos*, ahora, en ABREGÚ, Martín, *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales* (Buenos Aires, Editores del Puerto, 1997).

RUIZ-TAGLE VIAL, Carlos, *Curso de Derecho Económico* (Santiago, Librotecnia, 2010).

SÁNCHEZ MARTÍNEZ, María Olga y SOLAR CAYÓN, José Ignacio, *La Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su impacto en la legislación Autonómica de Cantabria* (Madrid, Dykinson, 2015).

SUÁREZ, Enrique Luis y PACEVICIUS, Iván Vladimir, *Las personas con discapacidad como usuarios hipervulnerables: la situación de los electrodependientes por cuestiones de salud*, ahora, en BAROCELLI, Sergio Sebastián (director), *Consumidores Hipervulnerables* (Buenos Aires, Editorial El Derecho, 2018).

TAMBUSSI, Carlos Eduardo, *El principio de orden público y el régimen tuitivo consumidor en el derecho argentino*, en *Lex* 18 (2016), 14.

TAMBUSSI, Carlos Eduardo, *Los derechos de usuarios y consumidores son derechos humanos*, en *Lex* 13 (2014), 12.

VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto y ROMERA, Oscar, *Protección y defensa del consumidor: Ley 24.240 anotada y comentada* (Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1994).

VELARDE LIZAMA, Valentina, *Los modelos de la discapacidad: un recorrido histórico*, en *Revista Empresa y Humanismo* 15 (2012), 1.

TRATADOS INTERNACIONALES CITADOS

Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (2006).

NORMATIVA NACIONAL CITADA

Constitución Política de la República (1980).

Ley N° 19.496 (1997).

Ley N° 20.422 (2010).

Ley N° 20.609 (2012).

PROYECTOS DE LEY CITADOS

Boletín N°2536-03 (2000).

Boletín N°2936-07 (2002).

Boletín N°7563-07 (2011).

Boletín N°9220-03 (2013).

Boletín N°9276-07 (2014).

Boletín N°9463-03 (2014).

Boletín N°10650-03 (2016).

Boletín N°12441-17 (2019).

Boletín N°12612-07 (2019).

Boletín N°12657-18 (2019).

NORMATIVA INTERNACIONAL CITADA

Código de Defensa del Consumidor, Brasil (1990).

Código de Protección y Defensa del Consumidor, Perú (2010).

Decreto N° 776/2005 “Ley de Protección al Consumidor”, El Salvador (2005).

Ley N° 453 “General de los Derechos de las Usuarías y los Usuarios y de las Consumidoras y los Consumidores”, Bolivia (2013).

Resolución N° 139/2020 de la Secretaría de Comercio Interior dependiente del Ministerio de Desarrollo Productivo de la Nación, Argentina (2020).

JURISPRUDENCIA NACIONAL CITADA

Flores Soria con Casino Enjoy Antofagasta (2010), Corte de Apelaciones de Antofagasta, 9 de enero de 2010 (Recurso de Apelación), Rol 90-2009.

Lagos Henríquez con Hoyts Cinemas Chile S.A. (2001), Corte de Apelaciones de Santiago, 9 de enero de 2001 (Recurso de Apelación), Rol 911-2001.

Sernac con Restaurant Budapest (2009), Corte Suprema, 15 de julio de 2009 (Recurso de Queja), Rol 6.838-2008.

Sernac y Sepúlveda Bravo con Sociedad Kamel Ltda. (2010), Corte de Apelaciones de Arica, 26 de mayo de 2010 (Recurso de Apelación), Rol 19-2010.

Tribunal Constitucional, 13 de mayo de 2008 (Requerimiento de Inaplicabilidad), Rol 980-2007.

Vergara Lezcano con Cines National Amusements Chile Limitada (2006), 2° Juzgado de Policía Local de Maipú, 2 de enero de 2006, Rol 3184-2005.

OTRAS FUENTES

COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD, *Observación General Sobre el Artículo 9: Accesibilidad*. CRPD/C/31/3. 11° Período de sesiones (2014), p. 5 [visible en internet: www.convenciondiscapacidad.es/wp-content/uploads/2019/01/Observacion-2-Articulo-9-Accesibilidad.pdf].

COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD, *Observación General Sobre el Artículo 12: Igual Reconocimiento Como Persona Ante La Ley*. CRPD/C/11/4. 11° Período de Sesiones (2014), p. 5 [visible en internet: www.convenciondiscapacidad.es/wp-content/uploads/2019/01/Observación-1-Artículo-12-Capacidad-jurídica.pdf].

CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS, *Igualdad y no discriminación de acuerdo con el artículo 5 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*. Informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. A/HRC/24/3. 34° Período de sesiones (2017) [visible en internet: <https://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opedocpdf.pdf?reldoc=y&docid=58ad864b4>].

DE ASÍS, Rafael, *Sobre la accesibilidad universal* [visible en internet: [https://www.cermi.es/sites/default/files/docs/eventos/Rafael de Asis Accesibilidad Unive](https://www.cermi.es/sites/default/files/docs/eventos/Rafael%20de%20Asis%20Accesibilidad%20Universa.pdf)rsal.pdf].

FRUSTAGLI, Sandra, *La tutela del consumidor hipervulnerable en el Derecho argentino* [visible en internet: <https://rephip.unr.edu.ar/xmlui/handle/2133/14486>].

FUENTES TORRIJO, Ximena, *El derecho internacional y el derecho interno: definitivamente una pareja dispareja* [visible en internet: <https://www.upg.mx/wp-content/uploads/2015/10/LIBRO-24-Derecho-Internacional-y-Derecho-Interno.pdf>].

GARZINO, María Constanza, *La protección del consumidor hipervulnerable a través del “diálogo de fuentes” y la necesidad de una previsión equilibrada*. XVII Congreso Argentino de Derecho del Consumidor. II Encuentro de Profesores de Derecho del Consumidor. Comisión 1: consumidores

hipervulnerables, p. 1 [visible en internet: <https://www.derechouns.com.ar/wp-content/uploads/2018/05/01-Garzino-Consumidores-hipervulnerables.pdf>].

Informe Mundial sobre la Discapacidad (2011) [visible en internet: https://www.who.int/disabilities/world_report/2011/es/].

LÓPEZ RAYGADA, Pierino Stucchi, *La ciudadanía económica en el Perú: El Consumidor* [visible en internet: https://works.bepress.com/pierino_stucchi/1/].

PÉREZ BUENO, Luis, *La configuración jurídica de los ajustes razonables* [visible en internet: www.coag.es/informacion/novedades/archivos/LA-CONFIGURACION-JURIDICA-DE-LOS-AJUSTES-RAZONABLES.pdf].

Segundo Estudio Nacional de la Discapacidad (2015) [visible en internet: https://www.senadis.gob.cl/pag/355/1197/ii_estudio_nacional_de_discapacidad].